Die Zulässigkeit der Aenderung der gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteten Klage in eine Klage gegen einen Gesellschafter.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTENFAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

AGAD
BIBL.

vorgelegt von

Albert Noll

Kammergerichtsreferendar zu Berlin.

Berlin 1910.

Hermann Blanke's Buchdruckerei und Verlag,
Berlin C. 54, Kl. Rosenthalerstr. 9.

Berichterstatter:
Herr Professor Dr. Wachenfeld.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551502_0033

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitender Teil.

§ 1. Einleitung 9
§ 2. § 124 HGB. und seine Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft als beklagte Partei 10

B. Hauptteil.

I. Titel. Die offene Handelsgesellschaft ist kein Rechtssubjekt.
§ 1. Momente, die für ihre Rechtsfähigkeit sprechen . 13
§ 2. Gesellschaft und juristische Person in vermögensrechtlicher Beziehung und Anwendung des Ergebnisses auf die offene Handelsgesellschaft 15
§ 3. Abweisung der Ansichten von Affolter und Eccius 19
§ 4. Ergebnis 21

II. Titel. Die offene Handelsgesellschaft als Partei im Prozess.
A. Ansicht von Wach.
§ 1. Begriff der formellen und materiellen Parteifähigkeit 22
§ 2. Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft . 23
B. Ansicht des Reichsgerichts, von Staub und anderen Kommentatoren 25

III. Titel. Widerlegung der herrschenden reichsgerichtlichen Theorie.
§ 1. Der Vertreter der Gesellschaft als gesetzlicher Vertreter der prozessfähigen Gesellschafter im Gesellschaftsprozess 27
§ 2. Eideszuschiebung an die Gesellschaft 32
§ 3. Ein Gesellschafter als Nebenintervenient im Gesellschaftsprozess 36
§ 4. Der Wechsel der Gesellschafter während des Prozesses 38
§ 5. Klage eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft 40
§ 6. Bezeichnung der Gesellschaft als prozessunfähige Partei 40

Seite

IV. Titel. Ansicht von Hellwig und Gierke und deren Widerlegung 41
§ 1. Ansicht von Hellwig 41
§ 2. Ansicht von Gierke (Seuffert) 43
V. Titel. Die offene Handelsgesellschaft ist „als solche" selbständige Prozesspartei 44
a) Der Parteibegriff.
§ 1. Abweisung des formellen Parteibegriffs 44
§ 2. Die verschiedenen Parteibegriffe und ihre Erörterung 47
§ 3. Der richtige Parteibegriff und Schlussfolgerung 53
b) Die Parteifähigkeit 56
§ 1. Entstehung und Bedeutung des § 50 ZPO. . . 56
§ 2. Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit sind nicht identisch 58
§ 3. Parteistellung der nicht rechsfähigen Personenverbände 60
§ 4. Schlussfolgerung 62
VI. Titel. Die Klageänderung 64
§ 1. Definition der Klageänderung 64
§ 2. Einführung einer neuen Partei 66

Literatur-Verzeichnis.

Affolter. Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. V., S. 1.

Arend. Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig, Diss. 1904.

Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.

Bunsen. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 26. „Die Parteien im Zivilprozess".

Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Eccius. „Offene Handelsgesellschaft als Prozesspartei" in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 32, S. 1.

Derselbe. Literaturbericht über Wach's Handbuch des Zivilprozessrechts in „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts" (Rassow-Küntzel). Bd. 30, S. 457.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 1881.

Fischer. Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889.

Fitting. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 9. „Bedeutung und Grund des erhobenen Anspruchs".

Gareis. Handelsgesetzbuch. 3. Aufl.

Gelpke. Zeitschrift für Handelsrecht. 2. H. 1852.

Gierke. Deutsches Privatrecht. Bd. I 1895.

Derselbe. Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung.

Goldmann. Das Handelsgesetzbuch 1905. Bd. II.

Goldschmidt. System des Handelsrechts im Grundriss. 4. Aufl.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts.

Hahn-Mugdan. Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Hellmann. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1886.

Hellwig. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd I und II 1907.

Derselbe. Anspruch und Klagrecht. 1900.

Kleinfeller. „Klagänderung und Parteiwille" in der Juristischen Monatsschrift. 1893.

Kleinfeller. Literaturbericht im Zentralblatt für Rechtswissenschaft. Bd. 12, H. 2, S. 63.
Kohler. „Substanzrecht und Wertrecht“ im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 91.
Derselbe. „Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess“.
Laband. „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften“ in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 30.
Lehmann und Ring. Handelsgesetzbuch. Bd. I.
Levy. In Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Rassow u. Küntzel). Bd. 37, S. 173.
Loewenwald. Lehrbuch der Zivilprozessordnung. Berlin 1903.
Makower. Handelsgesetzbuch und Kommentar. Bd. I 1901.
Meurer. Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.
Mugdan. Die gesamten Materialien zum BGB.
Oetker. Im juristischen Literaturblatt. 2. Jahrg. 1890, S. 189.
Petersen. Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich.
Derselbe. Parteibegriff und Parteifähigkeit in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 18, S. 1.
Planck. Lehrbuch des Zivilprozessrechts.
Rudolph. Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft.
Schmidt. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2. Aufl. 1906.
Derselbe. Die Klageänderung. 1888.
Schott. Das Armenrecht der deutschen Zivilprozessordnung. Jena 1900.
Schultze. „Zur neuen deutschen Zivilprozessordnung“ in Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 28, S. 511.
Schultzenstein. „Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff“ im Verwaltungsarchiv. Bd. 12, S. 112.
Schwalbach. „Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft“ im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 64.
Seuffert. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 7. u. 11. Aufl.
v. Sicherer. Die Genossenschafts-Gesetzgebung in Deutschland.
Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.
Stegemann. „Die Parteien im Prozess“ in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 17.
Stein (Gaupp). Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich.
Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl.
Struckmann und Koch. Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl.
Wach. „Eid der offenen Handelsgesellschaft“ in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 9.
Derselbe. Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I 1885.
Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. 1906.
Wilmowski und Levy. Zivilprozessordnung. 7. Aufl.

A. Einleitender Teil.

§ 1. Einleitung.

Das Prozessrechtsverhältnis der Parteien zu einander beginnt mit der Zustellung der Klageschrift. Die in der Klageschrift als Kläger bezeichnete Person erhält die prozessrechtliche Stellung des Klägers durch Zustellung der Klageschrift an die in ihr als Beklagten bezeichnete Person und der Beklagte erhält seine prozessrechtliche Stellung als solcher dadurch, dass ihm die Klageschrift zugestellt wird. Durch diesen Akt der Zustellung wird der Rechtsstreit anhängig und damit die Parteirolle des Klägers und die des Beklagten für den Prozess ein für alle Male festgelegt. Die Zivilprozessordnung trifft besondere Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen eine weitere Person in den anhängigen Rechtsstreit hinein gezogen werden kann, sei es, dass z. B. ein am Ausgange des Prozesses interessierter Dritter der einen Partei als Streitgenosse beitritt, sei es, dass jemand infolge Erbgangs als Universalsuccessor in die Rechtsstellung einer verstorbenen Partei eingetreten ist, aber abgesehen von solchen gesetzlich festgelegten Fällen, die in vorliegendem Falle nicht in Betracht kommen, ist mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit der Kreis der Personen, zwischen welchen der Rechtsstreit zur Entscheidung kommt, bestimmt und fest begrenzt Die Abtretung der Parteirolle an eine andere Person und deren Eintritt in den schwebenden Prozess mit der Massgabe, dass der Eintretende den Rechtsstreit in der Lage,

in welcher er sich zur Zeit des Eintritts befindet, in seinem Interesse und auf seine Kosten fortsetzt, während die bisherige Partei aufhört, Partei zu sein, ist an sich unzulässig.

Man denke nun an folgenden Fall: Die Offene Handelsgesellschaft A & B wird wegen einer Gesellschaftsschuld verklagt und im Verhandlungstermin durch den persönlich anwesenden Gesellschafter B vertreten. Der Kläger K, welcher inzwischen in Erfahrung gebracht hat, dass ein Vorgehen gegen die offene Handelsgesellschaft zwecklos ist, da deren gesamtes Vermögen inzwischen schon durch einen anderen Gläubiger gepfändet ist, verzichtet, um sich weitere Kosten zu sparen, im Verhandlungstermin im Einverständnis mit dem Vertreter der Gesellschaft, dem Gesellschafter B, auf Fortsetzung der Klage gegen die Gesellschaft. Zugleich trifft er mit dem anwesenden B, welcher ja als Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftet, die Vereinbarung, dass B unter Verzicht auf formelle Klageerhebung an Stelle der Gesellschaft in den Prozess eintritt und deren Parteirolle übernimmt. Es soll also mit Einwilligung aller Prozessbeteiligten die gegen die offene Handelsgesellschaft gerichtete Klage während des Prozesses in eine Klage gegen einen Gesellschafter umgewandelt werden.

§ 2. HGB. § 124 und seine Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft als beklagte Partei.

Nach § 124 HGB. steht der offenen Handelsgesellschaft unter anderen Befugnissen auch das Recht zu, unter ihrer Firma zu klagen und verklagt zu werden. Klagt ein Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft gegen diese, so steht in der Beklagtenrolle die offene Handelsgesellschaft im Klagerubrum bezeichnet mit ihrer Firma. Unter der Firma versteht man den Namen, unter dem der Vollkaufmann im Handelsverkehr seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Sie ist der Handelsname des Kaufmanns, ein Pseudonym,

dessen sich dieser mit gesetzlicher Konzession bedienen darf, wenn er im geschäftlichen Leben Rechtsakte oder Rechtshandlungen vornimmt, ohne dass dadurch neben oder ausser ihm ein anderes Rechtssubjekt geschaffen wird. Wird also die offene Handelsgesellschaft verklagt und in der Klageschrift unter ihrer Firma benannt, so deckt die Firmenbezeichnung lediglich den prozessrechtlich Berechtigten und Verpflichteten: die offene Handelsgesellschaft. Deren Rechtsnatur und deren sich aus der Rechtsnatur ergebende Rechtsstellung im Prozess bestimmt sich nach dem materiellen Recht.

Im besonderen ist es daher auch Sache des materiellen Rechts zu entscheiden, ob durch die gegen die offene Handelsgesellschaft gerichtete Klage die offene Handelsgesellschaft als solche betroffen wird — sie würde dann ein von der Person der Gesellschafter abstrahiertes selbständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person sein — oder ob die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit unter der Kollektivbezeichnung der Firma Subjekte des betreffenden Rechts- und Prozessverhätnisses werden. Ist die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person, so nimmt sie im Prozess eine von den einzelnen Gesellschaftern unabhängige Prozessstellung ein und ist selbständige Trägerin der Parteirolle. Bilden jedoch unter der Bezeichnung der Gesellschaftsfirma die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Prozesspartei, so fragt es sich weiter, ob und in welchen Beziehungen durch den gegen die Gesellschaft gerichteten klägerischen Antrag die Gesellschafter rechtlich betroffen werden. Es ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder bilden die Gesellschafter, welche durch den Gesellschaftsvertrag in ein festes inneres Abhängigkeitsverhältnis zu einander getreten sind, auch nach aussen hin ein geschlossenes Ganzes, so dass die in Streit befangene Sache allen Gesellschaftern gegenüber nur einheitlich und mit gleicher Wirkung für alle entschieden werden kann, — die Gesellschafter sind dann notwendige Streitgenossen — oder aber das Verhältnis der Gesellschafter zu einander ist ein derartiges, dass es in Rücksicht auf die persönlich unbeschränkte Haftung eines jeden

Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden unter gewissen Voraussetzungen in das Ermessen des Klägers gestellt ist, welchen von den Gesellschaftern er für die der beklagten Gesellschaft obliegende Verpflichtung in Anspruch nehmen will, so dass er die Möglichkeit hat, die Klage nur gegen einen Gesellschafter mit Rechtswirkung für diesen aufrecht zu erhalten, gegen die übrigen aber fallen zu lassen. Gerade eine Entscheidung in letzterer Hinsicht kommt für vorliegenden Fall in Betracht.

Wir treten damit der Streitfrage näher über die Rechtsstellung, welche die offene Handelsgesellschaft bezw. die einzelnen Gesellschafter als Partei im Gesellschaftsprozess einnehmen. Sieht man in der beklagten Gesellschaft eine juristische Person oder jedenfalls eine während des Prozesses aus allen Gesellschaftern als Einheit zusammengefasste von den einzelnen Gesellschaftern verschiedene selbständige Prozesspartei, so handelt es sich in vorliegendem Falle bei Austritt der beklagten Gesellschaft aus dem Prozess und Uebernahme ihrer Parteirolle durch einen Gesellschafter um den Eintritt einer neuen beklagten Partei an Stelle der bisherigen in den anhängigen Rechtsstreit. Ist man jedoch der Ansicht, dass die offene Handelsgesellschaft als Prozesspartei sämtliche Gesellschafter in der Weise umfasst, dass jeder einzelne Gesellschafter individuell in Betracht kommt, dass wir also unter der kollektiven Bezeichnung Gesellschaftspartei so viele Parteien haben, als wir Gesellschafter haben, so würde die Aenderung der Klage in der oben bezeichneten Weise sich als Beschränkung des klägerischen Antrags auf Verurteilung einer von mehreren ursprünglich verklagten Personen darstellen.

Nach § 50 Abs. 1 ZPO. ist parteifähig, wer rechtsfähig ist.

Wer nach materiellem Recht aktives oder passives Subjekt eines Rechtsverhältnisses sein kann, dem ist auch die Möglichkeit gegeben, bei gerichtlicher Geltendmachung dieses Rechtes Subjekt des Prozessverhältnisses, d. i. Partei auf der Kläger- oder Beklagtenseite zu sein.

Die Abhängigkeit der prozessualen Parteistellung von der Rechtsfähigkeit macht es mithin erforderlich, auf das materielle Recht zurückzugreifen, um dort zunächst die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, und im besonderen ihr Verhältnis zu den Gesellschaftern, festzustellen.

B. Hauptteil.

I. Die offene Handelsgesellschaft ist kein Rechtssubjekt.

§ 1. Momente, die für ihre Rechtspersönlichkeit sprechen.

Das Gesetz gibt in § 105 Abs. 1 HGB. eine allgemeine Difinition der offenen Handelsgesellschaft und bestimmt an sie anschliessend in Abs. 2, dass auf die offene Handelsgesellschaft, soweit keine handelsrechtlichen Sondervorschriften entgegenstehen, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft Anwendung finden. Nach Hellwig, Goldmann, Staub[1]) ist damit die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft eindeutig festgelegt. Sie erscheint ihnen als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, da das Gesetz sie durch die Bestimmung des § 105 HGB. selbst unter den bürgerlichrechtlichen Gesellschaftsbegriff gestellt hat. Diese an sich naheliegende Annahme ist nicht ganz unbedenklich, da die für die offene Handelsgesellschaft geltenden handelsrechtlichen Sondervorschriften mancherlei Abweichungen enthalten, welche mit dem Begriff einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht schwer in Einklang zu bringen sind, vielmehr gerade Wesenseigentümlichkeiten einer juristischen Person zu sein

[1]) Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Bd. I, S. 315; Staub, Komm., Anm. 8 zu § 105; Goldmann, § 105, Ziff. 14.

pflegen[1]). Aus dem Hinweis des Gesetzes, dass die für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches geltenden Normen auf die offene Handelsgesellschaft subsidiär bei Fehlen singulärer Vorschriften Anwendung finden, folgt nicht von selbst die Festlegung ihrer Rechtsnatur als Gesellschaft. Auch die vom Gesetz gewählte Bezeichnung offene Handels„gesellschaft" ist nicht ausschlaggebend; spricht das Gesetz doch auch von Aktien„gesellschaft", deren Rechtsnatur als juristische Person unbestritten ist[2]).

So scheint für die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft der Umstand zu sprechen, dass ihr unter ihrer Firma im Rechtsleben ein weiter Kreis von Befugnissen eingeräumt und ihrer rechtlichen Selbständigkeit ein fast unbeschränkter Umfang zugestanden wird. Nach § 124 HGB. kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Das Gesetz hebt ausdrücklich hervor, dass genannte Rechte und Pflichten der offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma zustehen sollen. Wie schon anfangs betont, tritt mit der Firma kein neues Rechtssubjekt in den Rechtsverkehr, sie ist lediglich der Handelsname der offenen Handelsgesellschaft. Wenn also im § 124 HGB. der Handelsgesellschaft unter ihrer Firma besondere Befugnisse eingeräumt werden, so wird damit noch keine Entscheidung getroffen, wer der in Person Berechtigte und Verpflichtete wird; dies kann die offene Handelsgesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt oder die Gesamtheit der Gesellschafter sein.

---

[1]) Gelpke, in Zeitschr. f. Handelsrecht, 2. H., S. 36: „Es dürfte kaum eine Seite in den rechtlichen Verhältnissen einer Handelsgesellschaft zu finden sein, bei der nicht das Bedürfnis der Anerkennung der letzteren als einer besonderen juristischen Persönlichkeit mehr oder minder sichtbar wäre."

[2]) Vergl. auch § 210, Abs. 1 HGB: „Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft".

Zum Vergleich sei auf § 210 HGB. verwiesen, durch den der rechtliche Wirkungskreis der Aktiengesellschaft abgegrenzt wird. Aus der Fassung des ersten Satzes dieses Paragraphen: „Die Aktiengesellschaft hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten", folgt ohne weiteres deren Charakterisierung als juristische Person. Im Gegensatz hierzu besagt § 124 HGB. nur, dass die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, ohne jedoch besonders darauf hinzuweisen, dass die offene Handelsgesellschaft „als solche" selbständiges Subjekt dieser Rechte und Verbindlichkeiten werden soll. Das Fehlen dieses Hinweises im Gegensatz zu seiner Betonung bei der Aktiengesellschaft in § 210 HGB. rechtfertigt die Vermutung, dass die offene Handelsgesellschaft nicht als solche selbständig handelnd im Rechtsleben auftritt, sondern dass unter der Bezeichnung der Firma lediglich die Gesamtheit der Gesellschafter berechtigt oder verpflichtet wird.

Ein weiteres Beweismoment für die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft liegt darin, dass sie ein Gesellschaftsvermögen besitzt, das von dem der einzelnen Gesellschafter scharf gesondert ist. Die Trennung tritt namentlich bei den die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen sowie den Konkurs der Gesellschaft betreffenden gesetzlichen Vorschriften hervor

§ 2. Gesellschaft und Juristische Person in vermögensrechtlicher Beziehung und Anwendung des Ergebnisses auf die offene Handelsgesellschaft.

Nach § 124 Abs. 2 HGB. ist zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft ein gegen diese gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich und nach § 129 Abs. 4 findet aus einem gegen die Gesellschafter gerichteten Titel eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft nicht

statt.[1]) Auch lässt das Gesetz in § 207 KO. im Falle der Zahlungsunfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen zu. Das Gesellschaftsvermögen ist mithin getrennt von dem Vermögen der Gesellschafter besonderen Gesetzesbestimmungen unterworfen. Juristische Person und Gesellschaft divergieren nun aber gerade darin, dass diese als selbständiges Rechtssubjekt auch ein selbständiges Vermögen hat, das zu dem Vermögen derjenigen, die hinsichtlich der inneren Beziehungen als Glieder der juristischen Person zu betrachten sind, in keinem rechtlichen Verhältnis steht, während jene ein Vermögen nicht haben kann. Zwar spricht man auch bei der Gesellschaft von einem Gesellschaftsvermögen, doch bezeichnet man damit nur einen Vermögensfonds, der von den Gesellschaftern aus ihrem sonstigen Vermögen für Gesellschaftszwecke abgesondert ist und damit ungeteiltes gemeinsames Vermögen der Genossen nach dem Prinzip der gesamten Hand geworden ist, sodass nur noch die Gesamtheit der Gesellschafter, aber nicht mehr jeder einzelne über die von ihm zum gemeinsamen Vermögen beigesteuerte Quote zu verfügen berechtigt ist. Subjekt dieses Sondervermögens bleiben die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit.

Aus dem Vorhandensein eines Sondervermögens allein kann auf die Existenz einer juristischen Person nicht geschlossen werden, es kommt darauf an, wem dieses eigentümlich zusteht. „So unzweifelhaft richtig es ist, dass jede juristische Person ein besonderes ihr eigentümliches Vermögen hat, so falsch ist der umgekehrte Satz, dass jedes abgesonderte, für einen bestimmten Zweck destinierte und mit einem besonderen Namen bezeichnete Vermögen einen besonderen, von allen anderen Personen verschiedenen Herrn haben müsse. Die Schaffung einer juristischen Person ist

[1]) Vergl. ZPO., § 736, nach dem zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft das BGB. ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist.

nur eine der möglichen Formen um ein Vermögen einem bestimmten Zweck dauernd zu widmen und es von dem Vermögen der Mitglieder scharf und bestimmt abzusondern. Dasselbe Resultat kann auch erreicht werden, wenn mehrere Personen für einen gewissen Zweck einen Vermögensfond bilden und ihn getrennt von ihrem übrigen Vermögen verwalten, sodass er ihnen gemeinschaftlich gehört und sie die Subjekte der aus dieser Verwaltung hervorgegangenen Rechte und Verpflichtungen bleiben.“ [1]) Der wesentlichste Unterschied zwischen Gesellschaft und juristischer Person liegt also auf vermögensrechtlichem Gebiet und besteht darin, dass bei ersterer trotz eines abgesonderten Vermögens und trotz eines alle Gesellschafter umfassenden kollektiven Namens nur diese Träger sämtlicher Rechte und Verbindlichkeiten bleiben, während bei letzterer lediglich ein von der Individualität der Glieder getrenntes Rechtssubjekt berechtigt und verpflichtet wird.

Bei der Schuldenhaftung tritt dies besonders deutlich hervor.

Tritt jemand in eine Gesellschaft ein und steuert dem Gesellschaftsvertrage entsprechend seinen Teil zum Gesellschaftsvermögen bei, so ist dies sein freier Wille: Er entäussert sich eines Rechtes, indem er sich selbst das Verfügungsrecht über den Teil seines Vermögens, den er zum Gesellschaftsvermögen beigetragen hat, zu Gunsten sämtlicher Genossen entzieht. Ein Recht aufzugeben, gestattet die Rechtsordnung jedem, dem ein solches Recht zusteht. Anders steht es mit Verpflichtungen; diesen kann man sich nicht einseitig entziehen. Die Gesellschaft ist nun, wie wir sahen, unfähig, Vermögen zu haben, aktives wie passives. Vermögensrechte und vor allem Schuldverpflichtungen betreffen nur die durch den Gesellschaftsvertrag und -Namen gedeckten Genossen. Ergibt sich mithin aus den gesetzlichen Vorschriften, dass nur das abgesonderte Vermögen eines Personenkreises für dessen Schulden

[1]) Vergl. Laband, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 30, S. 475.

aber nicht das Vermögen der einzelnen Glieder dem Zugriff der Gläubiger unterworfen ist, so ist dies ein hauptsächliches Beweismoment für das Vorhandensein einer juristischen Person; denn handelte es sich um eine Gesellschaft, so würde auch das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters mit verhaftet sein. Laband[1]) gibt dieser rechtlichen Konsequenz mit folgenden Worten Ausdruck: „Vereinigungen, bei welchen das objektive Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten befreit, sind juristische Personen; Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten haften, sind Rechtsverhältnisse".[2])

Nun folgt aus § 128 HGB., dass die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft für deren Schulden den Gesellschaftsgläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften. Eine entgegenstehende Vereinbarung, welche die Einschränkung der Haftpflicht zum Gegenstande hat, ist Dritten gegenüber unwirksam. Jedes Mitglied der offenen Handelsgesellschaft hat mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten einzustehen, welche von der Gesellschaft unter der Firma eingegangen sind, mit anderen Worten: Die offene Handelsgesellschaft hat keine Schulden, die Gesellschaftsschulden sind nichts anderes als Schulden sämtlicher Gesellschafter. Hieraus folgt unter Zugrundelegung obiger Ausführungen, dass die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person nicht sein kann, da bei Vorliegen einer solchen die einzelnen Genossen von der Haftpflicht für gesellschaftliche Verbindlichkeiten befreit wären.

---

[1]) Laband ebenda, S. 502.

[2]) Vergl. auch Meurer, die juristischen Personen, S. 75ff.: Der Unterschied zwischen Gesellschaft und juristischer Person besteht im wesentlichen darin, dass letztere nach innen eine Einheit bildet, d. h., dass jedes persönliche Band zwischen ihr und ihren Gliedern gelöst ist, „so dass die einzelnen keinerlei Rolle mehr spielen, weder in der Form von Anteilsrechten, noch in der Form von Schuldenteilung".

§ 3. Abweisung der Ansichten von Affolter und Eccius.

Im Widerspruch mit dieser Schlussfolgerung steht Affolter[1]), welcher nachzuweisen sucht, dass die Haftung der Gesellschafter aus § 128 HGB. kein Grund ist, um die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft abzulehnen. Nach seiner Ansicht haften die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nur nach Art einer Bürgschaft. Keineswegs, führt er aus, seien die Schulden der Gesellschaft gleichzeitig Schulden der Gesellschafter. Die einzelnen Gesellschafter stünden nicht in direktem Schuldverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern und könnten nicht von diesen unmittelbar belangt werden. Schulde z. B. die Gesellschaft aus Kauf, Darlehn usw., so schulde der einzelne Gesellschafter, wenn er belangt würde, nur infolge seiner gesetzlichen Haftung. Die Forderungen dieser Haftung seien Schadloshaltungen und hätten somit alle den gleichen rechtlichen Charakter aus einer Haftung kraft Gesetzes. Affolter leugnet also, dass die Schulden der Gesellschaft zugleich Schulden der Gesellschafter sind. Ihm erscheint die Haftung der Gesellschafter als eine ihnen „durch das Gesetz auferlegte Garantieverpflichtung, vermöge deren sie für die auf dem Gesellschaftsvermögen ruhenden Verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben.“[2]) Dem ist entgegenzuhalten, dass nach den neueren Entscheidungen von Wissenschaft und Praxis die Haftung der Gesellschafter nicht als sekundäre, sondern als primäre anzusehen ist.[3]) Der Gesellschaftsgläubiger hat es in der Hand, wen er belangen will, die Gesellschaft oder einen Gesellschafter. Mit dem Zustandekommen der Gesellschaftsschuld entsteht zugleich die Verpflichtung der Gesellschafter, die solidarische Haftung der Gesellschafter ist keineswegs eine subsidiäre. Die Haftung

[1]) Affolter, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. V, S. 1ff.
[2]) RGE., Bd. XXX., S. 35 oben.
[3]) cf. Staub, Anm. 2 zu § 128; Goldmann, unter 2 zu § 128.

der Gesellschaft und der Gesellschafter beruht nicht auf verschiedenen Grundlagen, sondern betrifft materiell ein und dieselbe Schuld, für welche sie solidarisch verpflichtet sind.[1]) Der Einwand ist damit hinfällig, dass die subsidiäre Haftung der einzelnen Mitglieder dem Korporationscharakter nicht entgegensteht[2]), da es sich um eine solche garnicht handelt, vielmehr die Gesellschafter direkt durch die von der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen verpflichtet werden.

Für die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt des weiteren Eccius[3]) ein. Er wendet sich besonders gegen Laband mit der Behauptung, dass, wenn dessen Ausführungen richtig und demgemäss die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft sei, auch für alle Schulden der Gesellschaft jeder Gesellschafter persönlich haften müsse. Nun gäbe es aber einen Fall, wo dies ausgeschlossen sei. Wenn ein Gesellschafter gemäss § 110 HGB. Aufwendungen mache oder sonst aus seiner Geschäftsführung einen Anspruch gegen die Gesellschaft erwerbe, so sei ihm nur die Gesellschaft verhaftet. Wenn also ein Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft würde, so trete sie ihm als selbständige Persönlichkeit entgegen und hafte nur aus ihrem abgesonderten Vermögen. Es ist richtig, dass § 128 HGB. hier keine Anwendung findet[4]) und ein Anspruch gegen die einzelnen Gesellschafter nicht gegeben ist. Grund dieser beschränkten Haftung ist einerseits, dass der Gesellschafter nicht aus einem Rechtsgeschäft der Gesellschaft, sondern aus einem Innenverhältnis, aus seiner Geschäftsführung, Ansprüche herleitet, anderseits würde es praktisch zu Unzuträglichkeiten führen, wenn ein Gesellschafter den

[1]) cf. RGE. vom 24. 3. 93 in Jur. Woch., S. 254.

[2]) cf. auch Goldschmidt, System des Handelsrechts im Grundriss, S. 132, Abschn. 2; v. Sicherer, Genossenschafts-Gesetzgebung, § 4, S. 109.

[3]) Eccius, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 32, S. 3 ff.

[4]) cf. Staub, Anm. 21 zu § 128; Cosack, § 108 V, 1. Dagegen Makower, Anm. IIa, 3 zu § 128; vergl. auch RGE. vom 8. 11. 04 in Bd. 59, S. 143.

anderen wegen einer Gesellschaftsschuld, für die er ebenso wie jener verhaftet ist, belangen könnte. Ein Gegenbeweis lässt sich aus diesem Umstand nicht konstruieren.

§ 4. Ergebnis.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich mithin, dass die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person nicht sein kann, da es ihr an einem essentiellen Erfordernis, der absoluten Selbständigkeit ihres Vermögens, fehlt, was sich vor allem darin zeigt, dass das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters solidarisch nebeneinander für gesellschaftliche Verbindlichkeiten haften. Die offene Handelsgesellschaft ist vielmehr nach ihrem konstruktiven Aufbau als eine Unterart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen, was zur Zeit auch die herrschende Ansicht in Wissenschaft[1]) und Praxis[2]) ist. Einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches kommt eine selbständige Parteifähigkeit nicht zu, da die Gesellchaft als solche nicht rechtsfähig ist und die Parteifähigkeit die Rechtsfähigkeit zur Voraussetzung hat (§ 50, 1 ZPO.). Nun kann aber nach dem

---

[1]) Ausser Affolter und Eccius halten die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person: Kohler, im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 204; v. Sicherer, die Genossenschafts-Gesetzgebung, S. 103ff.; Gelpke, in Zeitschr. f. Handelsrecht, H. 2, Nr. 1; Gaupp-Stein, Bd. I, S. 134; ferner neigt dazu auch Windscheid-Kipp, in Anm. 2 zu § 407; Gareis nennt in § 124, Anm. 1, die offene Handelsgesellschaft eine relative juristische Person, weil sie nur in gewissen Beziehungen eine juristische Person sei. Dagegen sind für die Gesellschaftsnatur der offenen Handelsgesellschaft Laband, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 30, S. 475ff.; Staub, Anm. 8 zu § 105; Goldmann, § 105, Ziff. 14; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Bd. I, S. 315; Wach, Bd. I, S. 522ff.; Lehmann und Ring, Handelsgesetzbuch, Bd. I; Meurer, die juristischen Personen, S. 84 u. a. m. Es wird auf die ausführliche Literaturangabe bei Stobbe, Deutsches Privatrecht, Anm. 33, S. 435, verwiesen.

[2]) cf. RGE., Bd. 3, S. 54; Bd. 5, S. 55; Bd. 17, S. 367; Bd. 32, S. 398; Bd. 45, S. 341; Bd. 54, S. 278 u. a. m.

schon erwähnten § 124 HGB. die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, d. h. im Prozess die Funktionen der Partei auf der Kläger- oder Beklagtenseite ausüben, mit anderen Worten, Partei sein, ohne materiellrechtlich ein selbständiges Rechtssubjekt zu sein. Der hierin liegende Widerspruch zwischen § 50 Abs. 1 ZPO. und § 124 HGB. bedarf der Aufklärung.

II. Die offene Handelsgesellschaft als Partei im Prozess.

A. Ansicht von Wach.

§ 1. Begriff der formellen und materiellen Parteifähigkeit.

Die Schwierigkeit einer eindeutigen Entscheidung der Frage, ob die Handelsgesellschaft selbständige Prozesspartei ist oder nicht, hat Wach durch die von ihm aufgestellte Theorie vermieden, nach welcher man bei Personenmehrheiten, denen vom Gesetz ein selbständiges Klagerecht im eigenen Namen eingeräumt ist, zwischen dem Begriff der formellen und materiellen Parteifähigkeit zu unterscheiden hat. Ausgehend von dem Grundsatze, dass die Parteifähigkeit ein von der privatrechtlichen Rechtssubjektivität abgeleiteter Begriff ist und nur demjenigen zukommen kann, der die Fähigkeit hat, aktives oder passives Subjekt ziviler Rechtsverhältnisse zu sein, kommt er zu der folgendermassen lautenden Parteidefinition: „Partei ist Prozesssubjekt (dominus litis), Subjekt des Prozessrechtsverhältnisses. Der Prozess ist ihr Prozess, die Klage ihre Klage, die Verurteilung ihre Verurteilung. Sie ist das Subjekt, in dessen Namen und für dessen Rechnung der Prozess geführt, in dessen Interesse der Rechtsschutz begehrt wird.“ Dies ist der eigentliche Parteibegriff, von Wach materielle genannt.[1]) Von ihm ist zu unterscheiden

[1]) Wach, Deutsches Zivilprozessrecht, Bd. I, S. 518ff.

die formelle Parteifähigkeit, welche darin besteht, dass gewissen Personenmehrheiten und Vermögensmassen die Berechtigung eingeräumt ist, im eigenen Namen zu klagen und verklagt zu werden. Welche zivilprozessualen Folgen sich an die formelle Parteifähigkeit knüpfen, ist in der Zivilprozessordnung im einzelnen, abgesehen von der Frage der Zustellung (§ 171) und Zuständigkeit (§ 17), nicht geregelt, vielmehr dem materiellen Rechte und der juristischen Deduktion überlassen.

§ 2. Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft.

Nach diesem Prinzip soll auch die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft behandelt werden.

Ihre Bezeichnung als Partei im Prozess unter der Firma hat nur eine rein formelle Bedeutung. Eigentliche materielle Partei sind die unter dem Kollektivnamen der Firma zusammengefassten Gesellschafter, deren Rechte und Pflichten durch die formelle Parteistellung der Gesellschaft sachlich in keiner Weise berührt werden. Subjekte des Prozesses sind die Gesellschafter, welche durch die Gesellschaft nur prosessual repräsentiert werden. Klagt die Gesellschaft oder wird sie verklagt, so stehen die Gesellschafter als Streitgenossen in der Kläger- oder Beklagtenrolle und zwar in der Weise, dass das Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.[1])

Diesen Rechtsstandpunkt legt Wach seinen Ausführungen zu Grunde und baut auf ihm seine Parteitheorie auf, die er, wie man anerkennen muss, konsequent durchgeführt und folgerichtig auf die aus den verschiedenen Prozessstadien sich ergebenden Eventualitäten angewandt hat. Er kommt dabei zu Ergebnissen, welche in Wissenschaft und Praxis nicht unbestritten geblieben sind. So lässt er z. B. einen nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als Nebenintervenienten zu, weil sein Interesse schon durch den socius

[1]) Wach Anm. 19, S. 528.

gerens gewahrt sei. Auch soll, wenn der Gesellschaft ein Parteieid zugeschoben wird, dieser von allen — also auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen — Gesellschaftern geleistet werden. Wird ferner die Gesellschaft verurteilt, so soll es dem Kläger anheim stehen, mit dem auf Grund des Urteils gegen die Gesellschaft erwirkten vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung auch in das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters betreiben zu können.

Wie schon erwähnt, beruht der Wach'sche Rechtsstandpunkt darauf, dass der Gesellschaft als solcher im Gesellschaftsprozess nur eine formelle Parteistellung von geringer Bedeutung zukommt. Die eigentliche materielle Partei bilden die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit und nur auf diese finden die einschlägigen zivilprozessualen Vorschriften Anwendung. Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil hat mithin die materielle Bedeutung, als sei es gegen die Gesellschafter ergangen.[1]) Ist durch Endurteil eine Schuld als Gesellschaftsschuld festgelegt, so ist damit, da ja die Gesellschafter als Streitgenossen in der Beklagtenrolle zu finden sind, die Schuld als eine Schuld der Gesellschafter und, da jeder von ihnen für diese in gleicher Weise verhaftet ist, zugleich als die Schuld eines jeden Gesellschafters festgestellt. Das im Gesellschaftsprozess gegen die Gesellschaft ergangene Urteil hat mithin Rechtskraft gegen die Gesellschafter — und zwar gegen einen jeden derselben — und gibt als solches dem siegenden Gegner Vollstreckbarkeit nicht nur in das als Gesellschaftsvermögen abgesonderte Teilvermögen der Genossen, sondern auch in das Privatvermögen eines jeden Socius.[2])

Im Widerspruch mit diesen Ausführungen steht § 129 Abs. 4 HGB: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt", eine Bestimmung, die im alten

[1]) cf. Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, S. 322, Anm. 1.
[2]) cf. Wach, Zivilprozess, S. 529.

Handelsgesetzbuch fehlte und erst durch die Neufassung vom 10. Mai 1897 hinzugefügt ist. Damit ist dem Gesellschaftsgläubiger ausdrücklich die Möglichkeit abgesprochen, auf Grund eines gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titels auch gegen die Gesellschafter vorgehen zu können. Will man nun trotz dieser Sondervorschrift das Wach'sche Prinzip des formellen und materiellen Parteibegriffs aufrecht erhalten, dann ist nicht ersichtlich, warum die Gesellschafter zwar während des Prozesses als streitgenössische Partei behandelt und auch verurteilt werden, im anschliessenden Zwangsvollstreckungsverfahren aber die Exekution auf einen Teil ihres Vermögens, das Gesellschaftsvermögen, beschränkt wird, obwohl sie primär mit ihrem ganzen Vermögen für die gesellschaftlichen Verbindlichkeiten einzustehen haben.

B. Ansicht des Reichsgerichts, von Staub und anderen Kommentatoren.

Einen der Wach'schen Theorie verwandten Standpunkt nimmt das Reichsgericht in seinen Entscheidungen ein. Auch hier wird zwischen formeller und materieller Parteiqualität unterschieden. Dies findet sich z. B. direkt ausgesprochen in der Entscheidung vom 12. April 1901:[1]) „Die offene Handelsgesellschaft kann zwar unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und sie ist daher ein formell parteifähiges Rechtsgebilde. Sie ist aber nach deutschem Recht keine juristische Person, keine von den Gesellschaftern verschiedene Person. Daraus folgt materiellrechtlich, dass eine Gesellschaftsschuld nichts anderes ist, als eine Schuld der Gesellschafter, für welche diese sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen, wie mit ihrem Privatvermögen haften, und prozessrechtlich, dass, wenn die offene Handelsgesellschaft klagt oder verklagt wird, Prozesspartei auf der klagenden oder verklagten Seite nur die Gesellschafter sind.“ Während jedoch Wach durch die

[1]) RGE., Bd. 49, S. 343.

nur formell als Partei bezeichnete Handelsgesellschaft die Gesellschafter schlechthin ohne jede Einschränkung als notwendige Streitgenossen in der Parteirolle repräsentiert erachtet, geht die vom Reichsgericht[1]) und in der Wissenschaft[2]) zur Zeit viel vertretene Ansicht dahin, dass zwar alle Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Partei bilden, aber nur soweit, als es sich um das Gesellschaftsvermögen handelt. So sagt das Reichsgericht im Urteil vom 28. November 1899[3]): „Es liegt kein Grund vor, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, wonach die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist. Vielmehr sind in dem von der Gesellschaft geführten Prozess die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbindung als Partei anzusehen, insofern sie nicht für ihr Privatvermögen, sondern für das aus diesem ausgesonderte und für die Gesellschaftszwecke vereinigte Gesellschaftsvermögen auftreten.“ Derselbe Gedanke, dass die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als Prozesspartei anzusehen sind, aber nur soweit sie in „gesellschaftlicher Verbindung“ stehen, d. h. mit dem Gesellschaftsvermögen haften, wird wiederholt in Entscheidungen unseres höchsten Gerichts zum Ausdruck gebracht.

Durch die Beschränkung der gesellschaftlichen Streitgenossenschaft auf das Gesellschaftsvermögen vermeiden die reichsgerichtlichen Entscheidungen den als logische Konsequenz der von Wach anerkannten unbeschränkten materiellen Parteiqualität der Gesellschafter sich notwendig ergebenden Widerspruch mit einer positiven Gesetzesvorschrift, dass nämlich aus dem gegen die Gesellschaft ergangenen vollstreckbaren Urteil auch die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des

---

[1]) RGE. Bd. 3, S. 57; Bd. 5, S. 55; Bd. 17, S. 367; Bd. 32, S. 398; Bd. 35, S. 389; Bd. 45, S. 341; Bd. 49, S. 426; Bd. 54, S. 280; Bd. 65, S. 231.

[2]) cf. Staub, Anm. 8 zu § 105; Goldmann, § 127, Ziff. 7; Petersen, Anm. 14a zu § 50; Cosack, § 107, I.

[3]) Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts, Bd. 45, S. 86.

einzelnen Gesellschafters möglich sein soll. Denn die aus den reichsgerichtlichen Entscheidungen resultierende Theorie, dass die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit nur hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens als materielle Gesellschaftspartei anzusehen sind, führt bei einer die Gesellschaft — und damit die Gesellschafter beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen — verurteilenden Erkenntnis auch notwendig nur zu einer Exekution in das Gesellschaftsvermögen, ein Ergebnis, das identisch ist mit der zwingenden gesetzlichen Vorschrift des § 129 Abs. 4.

Doch auch trotz dieser Einschränkung lassen sich Konflikte mit anderweitigen Gezetzesnormen nicht vermeiden.

III. Widerlegung der herrschenden reichsgerichtlichen Theorie.

§ 1. Der Vertreter der Gesellschaft als gesetzlicher Vertreter der prozessfähigen Gesellschafter im Gesellschaftsprozess.

Nach HGB. § 125 Abs. 1 ist zur Vertretung der Gesellschaft jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist. Die Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen und kann durch vertragliche Abmachung mit Wirkung gegen Dritte nicht beschränkt werden. (§ 126 Abs. 1 und 2.) Die Vertretungsbefugnis des berechtigten Gesellschafters erstreckt sich somit vor allem auch auf die Vertretung der Gesellschaft im Prozess. Der Gesellschafter kann ein Recht der Gesellschaft im Klagewege zur Geltung bringen, er kann während des Prozesses den gegnerischen Anspruch anerkennen, auf den Streitgegenstand verzichten, kurz, alle Prozesshandlungen vornehmen, die der Lauf des Prozesses mit sich bringt.

Die Gesellschaft ist formeller Repräsentant der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit; der vertretungsberechtigte Ge-

sellschafter ist also Vertreter sämtlicher Genossen und der Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis hat zur Folge, dass der von der Vertretung Ausgeschlossene nicht nur keine Prozesshandlungen für die Gesellschaft vornehmen darf, sondern auch selbst im Prosess durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten wird.

Das Gesetz kennt allgemein zwei Arten von Vertretungsbefugnis, die gewillkürte durch Rechtsgeschäft bestellte Vollmacht und die auf gesetzlicher Bestimmung beruhende gesetzliche Vertretungsmacht. Nur um letztere kann es sich hier handeln, da nach HGB. § 125 Abs. 1 grundsätzlich jeder Gesellschafter kraft Gesetzes zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist, der nicht ausdrücklich durch den Gesellschaftsvertrag davon ausgeschlossen ist. „Unmittelbar aus dem Gesetz fliesst die Vollmacht eines jeden von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Gesellschafters zur Vertretung seiner Genossen; jeder Gesellschafter hat in dem anderen seinen gesetzlichen Vertreter.“ [1]) Dem Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretung liegt nicht inhaltlich die vertragliche Abmachung zu Grunde, dass den übrigen jetzt zur Vertretung der Gesellschaft Vollmacht erteilt ist, sondern deren Vertretungsbefugnis tritt ohne Zutun der Gesellschafter kraft gesetzlicher Bestimmung ein, denn § 125 Abs. 1 knüpft an die Mitgliedschaft einer offenen Handelsgesellschaft die gesetzliche Bestimmung, dass jeder nicht ausgeschlossene Gesellschafter unmittelbar zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist. Man kann mithin trotz des im Gesellschaftsvertrage sich äussernden Willens der Gesellschafter nicht von einer durch rechtsgeschäftlichen Akt übertragenen Vollmacht reden, sondern nur von einer gesetzlichen Vertretung.[2]) Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im

[1]) Wach, Eid der offenen Handelsgesellschaft in Zeitschr. f. deutschen Zivilprozess, Bd. 9, S. 443.

[2]) cf. Staub, Anm. 9 zu § 124; Goldmann, Ziff. 2, 1 zu § 125; ebenso im Grunde auch Makower, Anm. 1, c zu § 125: „Durch Zu-

Gesellschaftsprozess unter der formellen Parteibezeichnung materiell die Gesamtheit der Gesellschafter betroffen wird, ergibt sich, dass die firmierenden Gesellschafter als gesetzliche Vertreter sämtlicher Genossen anzusehen sind, mithin speziell für die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter als gesetzliche Vertreter zu fungieren haben.

Grundsätzlich bedürfen im Prozess nur prozessunfähige Personen gesetzlicher Vertreter. Die Prozessfähigkeit, d. h. die rechtliche Fähigkeit zur wirksamen Vornahme von Prozesshandlungen aller Art, steht in Abhängigkeit von der materiellrechtlichen Geschäftsfähigkeit. „Eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann" (§ 52 ZPO.), mit anderen Worten: „Wer in seiner persönlichen Befugnis zur Abschliessung von Verträgen nicht bebeschränkt ist, ist für alle Prozesse prozessfähig; wer in jener Befugnis beschränkt ist, soll nur für Prozesse über solche Rechtsverhältnisse prozessfähig sein, für welche er unbedingte Vertragsfähigkeit hat."[1])

Man kann die Gesellschafter nun nicht schlechthin als prozessunfähig hinstellen und dies damit motivieren, dass, da es sich im Gesellschaftsprozess stets um einen das Vermögen der Gesellschaft berührenden Anspruch handelt, die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, welche über dieses in keiner Weise verfügen können, in ihrer Rechtsstellung als Gesellschafter geschäftsunfähig und damit auch prozessunfähig sind, sie also mit Recht gesetzlicher Vertreter bedürfen. Diese Beweisführung würde auf der Nichtunterscheidung von Handlungsfähigkeit und Verfügungsbefugnis beruhen. Erstere ist die von der Rechtsordnung nach bestimmten feststehenden Grundsätzen verliehene Befugnis, allgemein Rechtshandlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vor-

---

sammenwirken von Gesetzesbestimmung und Gesellschaftsvertrag sei der vertretungsberechtigte Gesellschafter in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters und müsse für das Anwendungsgebiet der ZPO. so behandelt werden."

[1]) Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 52.

nehmen zu dürfen. Ihr Umfang ist durch die Rechtsordnung bestimmt und kann durch private Abmachungen weder beschränkt noch erweitert werden. Ganz anders ist es bei der Verfügungsbefugnis. Diese beruht auf der subjektiven Beziehung eines Rechtssubjekts zu einem bestimmten Rechte und besteht inhaltlich darin, dass der Verfügungsberechtigte hinsichtlich dieses Rechtes innerhalb der Rechtsgrenzen nach seinem Belieben zu handeln befugt ist. Sie ist die Befugnis, über ein konkretes Recht Verfügungen zu treffen, also dieses zu übertragen, zu belasten oder sonst wie zu verändern.[1]) Wenn durch den Gesellschaftsvertrag ausgemacht wird, dass dieser oder jener Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sein soll, so liegt in dieser Bestimmung nicht eine durch das Gesetz der Geschäftsfähigkeit des Gesellschafters auferlegte Schranke, sondern nur die vertragliche Abmachung, dass der betreffende Gesellschafter ein ihm in seiner Eigenschaft als solcher zustehendes konkretes Recht, nämlich das Recht, die Gesellschaft zu vertreten, zu dem jeder Gesellschafter kraft Gesetzes berufen ist, nicht ausüben soll. Die Beschränkung „ruht auf dem eigenen Willen des Gesellschafters: sein Ausschluss von der Geschäftsführung ist Selbstausschluss, seine Beschränkung Selbstbeschränkung".[2]) Der Gesellschafter wird also nicht in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt — denn dieses wäre vertraglich auszumachen, unmöglich — sondern seine Verfügungsbefugnis als Gesellschafter wird durch Vertrag mit den Genossen in bestimmter Richtung — hinsichtlich der Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft — begrenzt.

Da mithin die nicht firmierenden Gesellschafter als solche geschäftsfähig bleiben, obwohl sie die Gesellschaft nicht vertreten dürfen, müssen sie auch prozessfähig[3]) sein.

[1]) cf. hierüber Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Bd. II, S. 317 ff.

[2]) Wach, Eid der offenen Handelsgesellschaft, S. 44.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 274, vergleicht das Verhältnis der von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter mit

Denn die Fähigkeit einer Partei, „vor Gericht zu stehen“, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsfähigkeit, und in der Tatsache, dass ein Gesellschafter sich des Rechtes begibt, die Gesellschaft vertreten zu können, liegt keine Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit. Trotzdem haben die ausgeschlossenen Gesellschafter in dem firmierenden ihren gesetzlichen Vertreter.

Die Zivilprozessordnung kennt eine gesetzliche Vertretung zunächst nur bei prozessunfähigen Personen. Es kommen jedoch auch Fälle der gesetzlichen Vertretung prozessfähiger Personen vor, wie bei der in § 53 erwähnten Pflegschaft geschäfts- und damit prozessfähiger Personen Die Zivilprozessordnung gebraucht den Ausdruck „gesetzliche Vertretung“ im weiteren Sinne, indem sie nämlich die Fälle der gesetzlichen Vertretung auf alle die Möglichkeiten ausdehnt, in denen die Vertretungsmacht auf Gesetz oder obrigkeitlicher Bestellung, aber nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht. Der Vertretene bleibt zwar an sich prozessfähig, steht aber einer prozessunfähigen Person gleich. Die diesbezüglichen prozessualen Vorschriften finden analoge Anwendung. Auch vorliegenden Falls sind die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, obwohl sie geschäftsfähig und damit prozessfähig bleiben, weil sie in den nicht ausgeschlossenen Gesellschaftern ihre gesetzlichen Vertreter haben, im Rechtsstreit der Handelsgesellschaft einer prozessunfähigen Person gleich zu erachten.

Hieraus ergibt sich bei Eideszuschiebung an die Gesellschaft als Beweismittel des Gegners eine praktische Unzuträglichkeit.

---

den nicht ausgeschlossenen mit dem Verhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker: „Ebensowenig wie die Erben würden auch die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt, es könne daher auch keine Rede davon sein, dass sie prozessunfähig seien.“

§ 2. Eideszuschiebung an die Gesellschaft.

Da die nicht firmierenden Gesellschafter durch gesetzliche Vertreter vertreten werden, können sie nicht in den Prozess hineingezogen werden, an ihrer Stelle fungieren die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Wird im Prozess der Gesellschaft der Eid zugeschoben, so müsste er eigentlich von allen Gesellschaftern gemäss § 472 ZPO. geleistet werden, denn die Gesellschafter sind in ihrer Gesamtheit als Streitgenossen Partei. Nun bestimmt § 473 ZPO.: „Ist eine Partei nicht prozessfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozess in Person führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müsste.“ Im vorstehenden Paragraphen ist zwar nur die Rede von der Eideszuschiebung an eine prozessunfähige Partei, die firmierenden Gesellschafter sind aber nicht gesetzliche Vertreter der prozessunfähigen Partei „Gesellschaft“, sondern einer Partei, die sich aus prozessfähigen Gliedern, den Gesellschaftern, zusammensetzt. Trotzdem kann es nicht zweifelhaft sein, dass auch hier § 473 in gleicher Weise Anwendung findet. Aus seinem Wortlaut ergibt sich, dass nicht so sehr die Tatsache der Prozessunfähigkeit der Partei als vielmehr der Umstand betont wird, dass die Partei durch einen gesetzlichen Vertreter im Prozess vertreten wird. In solchem Falle, d. h. in allen den Fällen, in denen eine Partei nicht durch eigene Tätigkeit wirksam Prozesshandlungen vornehmen darf, also in keiner Weise in den Gang des Prozesses eingreifen kann, sich vielmehr dazu des ihr durch das Gesetz zugewiesenen Repräsentanten, des gesetzlichen Vertreters, bedienen muss, soll eine Eideszuschiebung auch nur an diesen zulässig sein. Die Motive zu § 473 bestätigen diese Vermutung: „Der § 417 (a. F. 473) handelt von der Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides an nicht prozessfähige Parteien, also an alle Parteien, welche im Prozess durch andere Per-

sonen (gesetzliche Vertreter) nach Massgabe der §§ 50 ff. vertreten werden und bezieht sich insbesondere auch auf Gesellschaften oder andere Personenvereine, Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können.“ Auch hieraus geht hervor, dass § 473 dann stets Anwendung findet, wenn einer Partei, die durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten wird, der Eid zugeschoben wird. Ob nun diese Partei prozessfähig ist oder nicht, ist nicht von Belang, wenn nur die Tatsache fest steht, dass der Prozess für sie durch einen gesetzlichen Vertreter geführt wird, da nur letzteres für den Fall der Anwendung des § 473 von Bedeutung ist.

Schiebt also der Prozessgegner der offenen Handelsgesellschaft über eine beweisbedürftige Tatsache den Eid zu, so ist er von den von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschaftern als den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft zu leisten. So entscheidet auch das Reichsgericht im Urteil vom 9. Juni 1885 in Bd. 14 S. 20: „Die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter sind in dem Rechtsstreit (der offenen Handelsgesellschaft) die gesetzlichen Vertreter derselben. Ein der Gesellschaft zugeschobener Eid ist mithin nach § 436 (a. F. 473) ZPO. von allen Gesellschaftern zu leisten, welche von der Vertretung nicht ausgeschlossen sind.“[1]) Den Gesellschaftern steht nun das Recht zu, das Vertretungsverhältnis der Gesellschaft jederzeit nach ihrem Belieben zu regeln, bezw. zu ändern. Einem Gesellschafter, dem durch Nichtausschluss die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft eingeräumt ist, kann durch Beschluss der Genossen dieses Recht auch wiedergewonnen werden, indem er von der Vertretung ausgeschlossen wird und an seine Stelle ein anderer der Genossen tritt. Die Gesellschafter haben es also im Falle eines Gesellschaftsprozesses in der Hand, „dem Gegner die Eidesdelation an

[1]) So auch Staub, § 124, Anm. 12; Goldmann, § 124, Ziff. 9; Makower, Anm. zu § 124, IId; Petersen, Anm. 4 zu § 473; RGE. vom 19. 10. 03 bei Gruchot, Bd. 48, S. 102.

bestimmte Mitglieder unter Umständen ganz zu verlegen und ihm das Mitglied aufzudrängen, von dem sie wünschen, dass es schwöre. Es bedarf dazu nur einer in das Belieben der Gesellschaft gestellten Aenderung der Vertretungsbefugnis."[1]) Die so bei Seite gestellten Gesellschafter als Zeugen eidlich zu vernehmen, ist wegen ihrer Parteistellung natürlich auch nicht möglich.[2]) Da der Eidesbeweis nun namentlich beim Fehlen anderer Beweismittel in Betracht kommt, so ist nicht zu leugnen, dass dies „zu einer nicht unerheblichen Verkümmerung der prozessualen Rechtsstellung des Gegners der Handelsgesellschaft führt".[3]) Auch ist nicht ausgeschlossen, dass dies zu unlauteren Machinationen benutzt wird, indem die Gesellschafter durch Aenderung in der Gesellschaftsvertretung ein Mitglied, das über die zu beweisende Tatsache aus eigener Wahrnehmung ein eidliches Zeugnis geben könnte, dem Schwur entziehen und ein anderes vorschieben, das lediglich einen Ueberzeugungseid zu leisten imstande ist und das womöglich selbst von ihnen getäuscht ist und so, wenn auch gutgläubig, zum Schaden der anderen Partei einen nicht der Wahrheit entsprechenden Ueberzeugungseid leistet. Nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung kann zwar der Richter nach seiner freien Ueberzeugung entscheiden, ob eine vorgebrachte Tatsache als wahr oder unwahr zu erachten ist, auch kann er der einen oder der anderen Partei den richterlichen Eid auferlegen, wenn er sich seine Ueberzeugung durch die Tatsache verschaffen will, ob die betreffende Partei den auferlegten Eid leistet oder nicht, doch beide Möglichkeiten bieten keinen genügenden Schutz gegen die von den Gesellschaftern in oben erwähnter Weise versuchten Verdunkelungsmöglichkeiten, da auch der Richter nicht immer in der Lage sein wird, sofort eine solche Sachlage zu durchschauen. Auch steht es den Gesellschaftern ja noch frei, nachdem der Ge-

[1]) Wach, Zeitschr. f. deutschen Zivilprozess, Bd. 3. S. 450.

[2]) RGE. Bd. 17, S. 365; Bd. 32, S. 399; Bd. 35, S. 389, abweichend Makower, S. 229.

[3]) Wach ebenda, S. 450.

sellschaft über eine Tatsache der Eid zugeschoben ist, durch Vereinbarung einem anderen Gesellschafter Vertretungsbefugnis zu erteilen, sodass der Fall eintritt, dass der zur Zeit der Eideszuschiebung zur Vertretung berechtigte Gesellschafter, welcher als zeitiger gesetzlicher Vertreter den zugeschobenen Eid zu leisten verpflichtet war, aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein und damit auch von seiner Verpflichtung zur Eidesleistung frei wird. Gemäss § 471 Abs. 1 tritt dann Restitution des früheren Zustandes ein und „beide Parteien können in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor Zuschiebung des Eides zustanden".[1]) Die Aenderung des Vertretungsverhältnisses genügt also, um den Prozessgegner eines Beweismittels zu berauben oder wenigstens seine Anwendung zu erschweren und den Prozess zum Stillstand zu bringen. Selbst einer ergangenen richterlichen Entscheidung kann durch konträres Handeln der Gesellschaftspartei die Wirksamkeit genommen werden. Man denke an den Fall, dass der Gesellschaft durch bedingtes Endurteil der Eid auferlegt ist und dass nach Ergehen dieses Urteils an Stelle des vertretungsberechtigten und damit zur Eidesleistung verpflichteten Gesellschafters ein anderer Gesellschafter tritt. Das Resultat ist das gleiche. Der frühere vertretungsberechtigte Gesellschafter hört auf, gesetzlicher Vertreter zu sein, kann also den Eid nicht mehr leisten. Das den Eid auferlegende Urteil wird damit wirkungslos, und es ist erforderlich, dass „unter Aufhebung des Urteils in der Sache anderweit erkannt wird". (§ 471 Abs. 3.) Um die hieraus in praxi sich ergebenden Unzuträglichkeiten darzutun, namentlich wenn ein gleicher Vorgang sich während des Prozesses des öfteren abspielt, bedarf es weiter keines Beweises.

---

[1]) Ein gleicher Fall liegt vor, wenn die Gesellschaft nach der Eideszuschiebung in Liquidation tritt und die Liquidatoren nicht mit den früheren gesetzlichen Vertretern identisch sind. cf. RGE. vom 2. 1. 90 in Jur. Woch. 1890, S. 47, und RGE. vom 29. 3. 84 in Jur. Woch. 1884, S. 171ff., Ziff. 14.

Zur Vermeidung solcher Unstimmigkeiten will Wach den Eid von sämtlichen, also auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern geleistet wissen. Er beruft sich darauf, dass die Eideshandlung kein Dispositionsakt, bei dem der ausgeschlossene mithin in gesellschaftlichen Rechtshandlungen nicht dispositionsfähige Gesellschafter eines gesetzlichen Vertreters bedürfe, sondern ein Akt der Beweisaufnahme sei, bei dem der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter ebenso wie der nicht ausgeschlossene in gleicher Weise mitzuwirken habe.[1]) Auf die Wach'sche Ansicht, deren Beweisführung nicht ganz einwandfrei und namentlich in Hinsicht auf § 473 Abs. 1 ZPO. unhaltbar erscheint, soll hier nicht weiter eingegangen werden, da sie weder in der Wissenschaft, noch in der Judikatur Zustimmung gefunden hat. Jedenfalls kann nicht in Abrede gestellt werden, dass, wenn der Eid für die offene Handelsgesellschaft, wie allgemein anerkannt, nur von den zu ihrer Vertretung berufenen Gesellschaftern geleistet wird, bei konsequenter Durchführung des formellen und materiellen gesellschaftlichen Parteibegriffs Unzuträglichkeiten nicht zu vermeiden sind.

§ 3. Ein Gesellschafter als Nebenintervenient im Gesellschaftsprozess.

So auch ferner hinsichtlich der Nebenintervention eines Gesellschafters im Gesellschaftsprozess, welche vom Reichsgericht für zulässig erkannt ist,[2]) obwohl aus § 66 ZPO. hervorgeht, dass eine Nebenintervention nur in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit möglich ist und obwohl bei der Klage gegen die Gesellschaft jeder Gesellschafter mit belangt wird. Denselben Standpunkt, dass der Nebenintervenient ein von den Parteien verschiedener Dritter

[1]) Wach, Eid der offenen Handelsgesellschaft, S. 448 ff.

[2]) RGE. Bd. 5, S. 69; Bd. 32. S. 361; Goldmann, Ziff. 11 zu § 124; Makower, I c am Schluss zu § 124; Staub, Anm. 15 zu § 124; dagegen Cosack, § 107, Anm. 60.

sein müsse, betont allerdings auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 9. Juli 1881 in Bd. 5 S. 69. Hiervon ausgehend heisst es aber dann weiter, um die Stellung des intervenierenden Gesellschafters als die einer dritten Person zu motivieren: „Soweit das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters und die Haftung mit demselben in Betracht kommt, ist der Gesellschafter weder durch die gegen die Firma gerichtete Klage belangt, noch durch die Vertreter der Gesellschaft vertreten, und doch präjudiziert ihm das gegen die Gesellschaft ergangene Erkenntnis auch nach dieser Richtung, indem es für ihn unangreifbar das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld feststellt und er für diese nach gesetzlicher Bestimmung haftet. Insofern erscheint er also formell als Dritter und ist sein Interesse am Ausgang des Prozesses evident.“ Auch durch diese Beweisführung wird nicht die Tatsache aus der Welt geschafft, dass im Gesellschaftsprozess, in dem sich die Gesellschaftspartei aus sämtlichen Gesellschaftern als Streitgenossen zusammensetzt, der Nebenintervenient einer dieser beklagten Gesellschafter ist und so der Fall eintritt, dass dieselbe Person zugleich Haupt- und Nebenpartei in einem Prozess ist. Eccius[1]) nennt dies mit Recht „etwas vom Standpunkte des Prozessrechtes ganz wundersames“. Erkennt man obige Beweisführung als folgerichtig an, dann ist nicht ersichtlich, warum der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter der im Gesellschaftsprozess „formell als Dritter,“ also als eine ausserhalb des Prozesses stehende Person erscheint, nicht auch als Zeuge zugelassen werden soll. Ist er eine von den Parteien verschiedene Person, so müsste seine Vernehmung als Zeuge zulässig sein, was jedoch vom Reichsgericht[2]) und allgemein in der Literatur abgelehnt wird. Staub[3]) sucht zwar die hierin liegende Inkonsequenz zu rechtfertigen, indem er gel-

---

[1]) Eccius in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 32, S. 3.
[2]) RGE. Bd. 32, S. 399.
[3]) Staub, Komm., Anm. 15 zu § 124.

tend macht, „dass zur Zeugeneigenschaft unbedingte Personenverschiedenheit gehöre, dass aber, wenn es sich um die Frage handele, wer als Dritter in bezug auf Intervention zu betrachten sei, dies Erfordernis nicht so strikt hervortrete. Der Normalfall sei freilich auch hier totale Personenverschiedenheit, aber es stehe begrifflich nichts entgegen, hier auch in den Fällen von einem Dritten zu sprechen, in denen dieselbe Person in verschiedenen Rechtsbeziehungen[1]) in Betracht komme". Dem ist zu erwidern, dass, wie schon an anderer Stelle angeführt, die Schuld der Gesellschaft identisch ist mit der der Gesellschafter, es sich also nicht um verschiedene Rechtsbeziehungen handelt, mag nun die Gesellschaft oder ein Gesellschafter auf Grund einer Gesellschaftsschuld belangt werden, anderseits die Fassung des Gesetzes, welches von „einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit" redet, unzweideutig das Erfordernis einer Personenverschiedenheit zwischen Partei und Intervenient zum Ausdruck bringt.

§ 4. Der Wechsel der Gesellschafter während des Prozesses.

Eine weitere Schwierigkeit bereitet der während des Prozesses mögliche Wechsel der Mitglieder. In der Entscheidung vom 8. November 1901 in Bd. 49 S. 426 hat das Reichsgericht bei Gelegenheit der Entscheidung der Frage, ob ein aus einer prozessführenden offenen Handelsgesellschaft im Laufe des Rechtsstreits ausscheidender Gesellschafter als

[1]) „Unter verschiedenen Rechtsbeziehungen" kann Staub m. E. nur verstehen, dass im Gesellschaftsprozess der Klagegrund auf der Gesellschaftsschuld beruhe, dass aber im Prozess gegen einen Gesellschafter nicht die Gesellschaftsschuld, sondern die gesetzliche Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden (nach Art einer Bürgschaft) der Klagegrund sei, dass es sich also in dieser Weise um verschiedene Rechtsbeziehungen handle. Diese Auffassung ist wegen der primären Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden nicht haltbar.

Zeuge vernommen werden kann, entschieden, dass dies wohl möglich sei, denn Prozesspartei bleibe in solchen Fällen die unter der Gesellschaftsfirma zusammengefasste Gesamtheit und der ausscheidende Teilhaber stehe den Parteien als ein Dritter gegenüber. Es ist nun wohl denkbar, dass im Laufe des Prozesses nacheinander sämtliche Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft ausscheiden und an ihre Stelle neue treten. Da die Gesellschaftspartei aus der Gesamtheit ihrer Glieder besteht, so tritt der Fall ein, dass am Anfange des Prozesses ganz andere Personen in der Kläger- bezw. Beklagtenrolle stehen als am Schlusse desselben.[1]) Und dies geht vor sich ohne Zutun der Gegenpartei, ohne besondere prozessuale Förmlichkeit, lediglich durch Vertragsschluss unter den Gliedern einer Partei. Klagt eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so ist zur Parteibezeichnung die namentliche Aufführung der Mitglieder erforderlich; klagt eine offene Handelsgesellschaft, welche doch eine Unterart des bürgerlichrechtlichen Gesellschaftstypus ist, so genügt zur Parteibezeichnung die Nennung der Firma.[2]) Die Firmenbezeichnung ersetzt die namentliche Aufführung sämtlicher Genossen, welche zur Zeit der Klageerhebung die offene Handelsgesellschaft bilden. Der Eintritt neuer oder der Austritt früherer Mitglieder ist auf die Führung der Gesellschaftsfirma ohne Einfluss. Auch während des Prozesses zieht der Wechsel der Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft keinen Wechsel der Firma nach sich, sodass die Möglichkeit gegeben ist, dass ohne Wissen und Zutun des Ge-

---

[1]) cf. Eccius, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 32, S. 3.

[2]) Zur Parteibezeichnung genügt die Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft mit der Firma und es ist nicht erforderlich, auch anzugeben, welche Personen Inhaber derselben sind. Die Ermittelung, welche Personen als Inhaber ihr angehören, ist nur dann erforderlich, wenn es aus einem besonderen prozessualen Akte nötig wird, z. B. wenn ein Parteieid geleistet werden muss (Entsch. d. OLG. Köln zitiert nach Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der OLG., S. 149).

richts und der Gegenpartei die Parteirolle auf andere Personen übergeht. Die Möglichkeit eines solchen Vorganges lässt darauf schliessen, dass die offene Handelsgesellschaft, deren Parteistellung so unabhängig ist von dem Bestande und Wechsel der Mitglieder, als solche auch materiell Partei ist.

§ 5. Klage eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft.

Dies Erfordernis tritt noch mehr hervor, wenn ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen gemacht (§ 110 HGB.) und um Ersatz zu bekommen, gegen die Gesellschaft die Klage erhoben hat. Der klagende Gesellschafter steht dann der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber und so kommt es, dass derselbe Gesellschafter, der als Kläger gegen die Gesellschaft auftritt, in der Gesellschaftspartei zugleich mit den anderen Genossen auch als Beklagter in Anspruch genommen wird, also dieselbe Person sich in der Parteirolle des Klägers und der des Beklagten findet. Diese Erwägung sowie der Umstand, dass bei solcher Sachlage aus praktischen Konsequenzen eine Klage nur gegen die Gesellschaft — aber nicht gegen einen Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft — angängig ist und die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist,[1]) gibt der Vermutung Raum, dass, jedenfalls in diesem Fall, nicht die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft als solche Partei sein muss.

§ 6. Bezeichnung der Gesellschaft als prozessunfähige Partei.

Weiter entscheidet das Reichsgericht in Bd. 45 S. 342, dass die Handelsgesellschaft in Liquidation im Prozess, in dem sie klagt oder verklagt wird, „als durch Liquidatoren vertretene prozessunfähige Partei“ anzusehen ist. Das Reichs-

[1]) Staub, Anm. 21 zu § 128; Cosack § 108 V, 1d.

gericht stellt sich somit in dieser Entscheidung auf einen Standpunkt, der theoretisch von dem Rechtsstandpunkt früherer Entscheidungen abweicht. Ist man der Ansicht, dass die Gesellschaftspartei aus der Gesamtheit der unter einem kollektiven Namen vereinigten Gesellschafter besteht, kann man nicht von einer prozessunfähigen Partei sprechen, da die Gesellschafter prozessfähige Personen bleiben, selbst wenn sie im Prozess durch den geschäftsführenden Gesellschafter als gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Von einer prozessunfähigen Gesellschaftspartei kann nur dann die Rede sein, wenn man der Gesellschaft als solcher eine selbständige Parteiqualität zubilligt.

Es zeigt sich also, dass das Reichsgericht, obwohl es den von ihm vertretenen Standpunkt wiederholt betont hat, dass im Gesellschaftsprozess die Gesamtheit der Gesellschafter unter der Firma die Gesellschaftspartei bildet, eine Anzahl prozessualer Fragen so entschieden hat, als ob die Partei im Gesellschaftsprozess ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtsgebilde wäre. Wie wir sehen, führt obige Auffassung bei konsequenter Durchführung ihres theoretischen Inhalts einerseits zu wenig praktischen Resultaten, andererseits zu Widersprüchen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen.[1]) Die sich ergebenden Unzuträglichkeiten würden in Fortfall kommen, wenn man sich nicht darauf beschränkt, die offene Handelsgesellschaft nur in gewissen Beziehungen formell als Partei zu behandeln, sondern ihr eine unabhängige selbständige Parteiqualität zuspricht.

IV. Ansicht von Hellwig und Gierke und deren Widerlegung.

§ 1. Die Ansicht von Hellwig.

Der Ausgangspunkt dieser Abhandlung war der Nachweis, dass die offene Handelsgesellschaft keine juristische

[1]) cf. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 268.

Person und daher auch nicht als solche rechtsfähig ist. Die Rechtsfähigkeit zieht für den Prozess von selbst die Parteifähigkeit nach sich, denn parteifähig ist, wer rechtsfähig ist (§ 59 ZPO.). Hiervon ausgehend hat Hellwig die Theorie aufgestellt, dass es materiellrechtlich selbständige Sondervermögen gibt (z. B. die Konkursmasse), welche während der Dauer der separatio als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet anzusehen sind.[1]) Zu diesen selbständigen mit Rechtsfähigkeit begabten Sondervermögen rechnet er auch das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft. Ihre Selbständigkeit oder genauer die Selbständigkeit ihres Sondervermögens präge sich darin aus, dass die Gesellschaft selbständig im Rechtsleben auftreten könne, was dadurch zum Ausdruck gebracht sei, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden könne. Letzteres bedeute aber nichts anderes, als dass die Gesellschaft in Gemässheit des § 50 Abs. II ZPO. im Prozess als Partei die Stellung einer juristischen Person haben solle. Da nun die Fähigkeit, im Prozess Träger der Parteirolle zu sein, unbedingt die Rechtsfähigkeit im materiellen Recht zur Voraussetzung habe, so folge umgekehrt aus der der offenen Handelsgesellschaft zugewiesenen prozessualen Parteistellung auch ihre Rechtssubjektivität für das materielle Recht. Die Hellwig'sche Untersuchung resultiert in dem Ergebnis, dass die offene Handelsgesellschaft wegen der Selbständigkeit ihres Sondervermögens und insbesondere wegen ihrer Parteiqualifikation, ohne juristische Person zu sein, doch rechtsfähig ist, und dass sie daher im bürgerlichen und prozessualen Recht als selbständiges Rechtssubjekt, wie eine juristische Person, behandelt werden muss. Nach Hellwig gibt es also drei Arten rechtsfähiger Gebilde: Die physischen Personen, die juristischen Personen und die wie juristische

[1]) Hellwig, Zivilprozess, Bd. I, S. 308; Anspruch und Klagerecht, S. 235ff.

Personen zu behandelnden selbständigen Sondervermögen.[1]) Es ist nicht zu verstehen, dass eine Vermögensmasse, welche wegen Fehlens wesentlicher Erfordernisse keine juristische Person ist, trotzdem rechtsfähig sein und daher wie eine juristische Person behandelt werden soll. Die Personifikation eines solchen Sondervermögens entbehrt im Gesetze eines jeden Anhaltes. Man schüfe damit nur „juristische Zwitter".[2]) Rechtsfähig sein heisst „Person" im Rechtssinne sein, physische oder juristische. Dementsprechend bezeichnet man mit juristischer Person jedes Rechtssubjekt, welches nicht Mensch ist. Ein drittes gibt es nicht.

§ 2. Die Ansicht von Gierke (Seuffert).

Aus dem gleichen prinzipiellen Grunde ist die von Gierke behauptete Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft auf Grund des Gesamthandsprinzips, nach welchem die offene Handelsgesellschaft als Unterart der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft konstruiert ist, abzuweisen. Nach der Gierke'schen Auffassung ist zwar die offene Handelsgesellschaft kein neues von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt, aber es entsteht aus der durch das Gesamthandsprinzip bewirkten innerlichen Verbindung der Mitglieder ein die Individualität der einzelnen in sich aufnehmende Personeneinheit, welche als solche rechts- und handlungsfähig ist. „Von den verbundenen Personen löst sich kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab... So ergibt sich eine von den Sondersphären der Beteiligten rechtlich unterschiedene Gemeinsphäre, als deren Träger die verbundenen Personen eine Personeneinheit darstellen. Nach aussen erscheint insoweit die durch die Zusammenfassung geeinigte Personenmehrheit als eine rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit,[3]) wenn auch bei der offenen Handels-

[1]) Hellwig, Zivilprozess, Bd. I, S. 292/94.

[2]) Gaupp-Stein, S. 134.

[3]) Gierke, deutsches Privatrecht, S. 660/61, vergl. auch Genossenschaftstheorie, S. 592ff.

gesellschaft der Gedanke der Selbständigkeit und der Absonderung von den einzelnen Gliedern sich schärfer ausprägt, als bei anderen Gesamthandsverbänden,[1]) so ist doch auch diesen Ausführungen wie im vorhergehenden Absatz entgegenzuhalten, dass die Rechtsordnung ausser den physischen Einzelpersonen und den juristischen Personen keine weiteren Rechtssubjekte kennt. Seuffert weist zwar mit Recht darauf hin, dass es ein Unterschied sei, ob A, B und C als Gesellschafter, d. h. die aus A, B und C bestehende Gesellschaft, oder A, B und C gemeinschaftlich als Privatpersonen klagen, doch kann die innere Konstruktion einer Personenmehrheit nach Gesamthandsprinzip allein noch nicht deren Rechtssubjektivität begründen. Sonst müsste man nach dieser Auffassung auch die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches als rechts- und parteifähige Personengebundenheit anerkennen, wie es tatsächlich Seuffert[2]) tut, ein Resultat, das nach den gesetzlichen Vorschriften jeder Unterlage entbehrt und auch in der Wissenschaft keine Anerkennung gefunden hat.

V. Die offene Handelsgesellschaft ist als solche selbständige Prozesspartei.

a. Der Parteibegriff.

§ 1. Abweisung des formellen Parteibegriffs.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen kann es mithin als festgestellt gelten, dass die offene Handelsgesellschaft als Unterart der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft keine Rechtsfähigkeit besitzt; die ihr nach § 124 HGB. zugewiesenen

---

[1]) Vergl. Bunsen, in Zeitschr f. deutschen Zivilprozess, Bd. 26, S. 237ff. und 275ff.

[2]) Seuffert, Komm., Anm. d zu § 50; A. M. Gaupp-Stein zu § 50 unter III; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 200; Meurer, juristische Personen, S. 194/5; Planck, Komm. zum BGB., Anm. vor § 705.

Befugnisse, stellen nur eine Summe von Sonderrechten dar, durch welche die Rechtsfähigkeit nicht bedingt wird.[1]) Demgemäss kommt ihr auch nicht schlechthin Parteifähigkeit zu, denn „parteifähig ist, wer rechtsfähig ist“ (§ 50 Abs. 1 ZPO.).

Eine Ausnahme sieht die ZPO. vor: „Wird ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, verklagt, so hat er im Rechtsstreit die Stellung eines rechtsfähigen Vereins (§ 50 Abs. 2), ausser dem nichtrechtsfähigen Verein, welchem durch die vorgenannte Sonderbestimmung wenigstens in der Beklagtenrolle eine selbständige Parteistellung zugesprochen ist, kennt die Rechtsordnung eine Reihe weiterer Personenvereinigungen, welchen, obwohl ihre Eigenschaft als juristische Person zu verneinen ist, vom Gesetz die Fähigkeit beigelegt ist „als solche zu klagen und verklagt zu werden“. Was nun diese Befugnis für Vereine, die nicht selbsständige Rechtssubjekte sind, juristisch bedeutet, ist ausserordentlich bestritten.

Wach sieht hierin die Verleihung der formellen Parteifähigkeit, der er die materielle Parteistellung der Glieder des Personenvereins gegenüberstellt.

In Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft haben wir die Verfehltheit des geteilten Parteibegriffes bereits nachgewiesen. Aus der Zivilprozessordnung lässt sich die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit nicht entnehmen. Beschränkt sich die Befugnis eines Personenvereins als solcher zu klagen lediglich auf die von Wach angeführten formellen Folgen, so liegt hierin nicht inhaltlich die Verleihung der Parteifähigkeit. Eine solche formelle Parteifähigkeit ist keine Parteifähigkeit. Sie enthielte lediglich den gesetzlich gestatteten Gebrauch eines abgekürzten Klagerubrums, welches sobald einzelne Parteihandlungen in Frage kommen, dennoch eine Spezialisierung nötig macht.[2])

---

[1]) Makower, Anm. Ia zu § 124, meint zwar, dass der Begriff der Rechtsfähigkeit keinen anderen Inhalt habe, als die im § 124, Abs. I HGB., aufgezählten Rechte. Aber trotzdem ist er der Ansicht, dass die offene Handelsgesellschaft — obwohl rechtsfähig — keine juristische Person ist, setzt sich also mit sich selbst in Widerspruch.

[2]) Vergl. Schultze in Zeitschr. f. Privat- und öffentliches Recht, Bd. 28, S. 520.

Die Parteistellung im Prozess hat eine weitergehende umfassendere Bedeutung und bewirkt die Unterwerfung unter sämtliche auf die Partei bezüglichen prozessualen Vorschriften.

„Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.“ Hiermit stellt das Gesetz fest, was begrifflich nicht zweifelhaft sein kann und eigentlich selbstverständlich ist, dass nämlich jeder Rechtsfähige auch parteifähig ist. Denn wer die Fähigkeit hat, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, hat in erster Linie darauf Anspruch, im Prozess auch Träger des zivilen Rechtsverhältnisses, also Partei zu sein. „Die prozessuale Parteifähigkeit ist eine notwendige Konsequenz der Rechtsfähigkeit.“[1]) Damit ist aber noch nicht gesagt — was in folgendem noch eingehend festgestellt werden soll —, dass die Fähigkeit, im Prozess als Partei zu stehen, notwendig die Rechtssubjektivität zur Voraussetzung haben muss, obwohl dies ja normaler Weise der Fall sein wird.

Die Erörterung der Frage, ob ein Nichtrechtssubjekt Partei sein kann, hat im Hinblick auf die offene Handelsgesellschaft insbesondere zwei Momente zu berücksichtigen: Da die Gesellschafter die Subjekte der von der offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma eingegangenen Rechtsverhältnisse werden, die Gesellschafter also auch im Prozess die Subjekte des materiellen Anspruchs bleiben, so bedarf es zunächst einer Feststellung, ob und unter welchen Voraussetzungen es mit dem Wesen des Parteibegriffes vereinbar ist, dass das die Gesellschafter materiell betreffende Rechtsverhältnis im Prozess durch einen anderen, die Gesellschaft als von den Gesellschaftern verschiedene Prozesspartei, geltend gemacht werden kann, obwohl jeder einzelne Gesellschafter für seine Person rechtsfähig und damit parteifähig ist. Hieran knüpft sich dann die weitere prinzipielle Frage, ob die Gesellschaft trotz fehlender Rechtssubjektivität im Hinblick auf § 50 Abs. 1 ZPO. überhaupt Partei sein kann.

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 296.

Die Beantwortung der Frage der Parteifähigkeit macht es mithin erforderlich, zunächst auf den Parteibegriff einzugehen.

§ 2. Die verschiedenen Parteibegriffe und ihre Erörterung.

Das Gesetz gibt keine Definition des Parteibegriffes. In der Wissenschaft wird der Begriff Partei verschieden definiert. Es stehen sich besonders zwei Ansichten gegenüber, zu denen in bewusster Anlehnung an die eine oder die andere noch verschiedene Zwischenmeinungen treten. Während nach der älteren das gemeine Recht beherrschenden Theorie nur das Subjekt der im Streit befangenen materiellen Anspruchs, is cuius res in iudicium deducitur als Partei angesehen wurde,[1]) sieht die andere zuerst von Fischer[2]) angeregte, dann von Oetker[3]) allgemein ausgesprochene und definierte Ansicht schon jeden rem in iudicium deducens, also jeden, der einen Anspruch gerichtlich geltend macht, als den Kläger und entsprechend jeden, contra quem res in iudicium deducitur, also schlechthin jeden, gegen den ein Anspruch erhoben ist, als Beklagten an.

Der Unterschied zwischen beiden Theorien tritt in allen den Fällen hervor, in denen jemand in fremdem Interesse, z. B. als gesetzlich bestellter Verwalter eines fremden Vermögens, als Konkursverwalter, Nachlasspfleger etc. einen Rechtsstreit führt. Nach der ersterwähnten Ansicht bleibt der eigentliche Interessent, das Subjekt des Streitgegenstandes, Partei, nach der anderen ist der Vertreter Partei. Folgt man dem älteren Parteibegriff, so können im Gesellschaftsprozess nur die Gesellschafter als Subjekte der res in iudicium deducta die Parteien sein, es zeigt sich aber, dass dieser

---

[1]) Vergl. Wach, deutsches Prozessrecht, Bd. I, S. 518.

[2]) Krech-Fischer, das preussische Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, S. 127.

[3]) Oetker in Jur. Literaturbl. 1890, S. 189.

Parteibegriff zu eng gewählt ist und dass er wohl die meisten, aber nicht alle möglichen Fälle deckt.

Es wurde schon kurz darauf hingewiesen, dass die strittige Stellung des Konkursverwalters Anlass zur Umgestaltung des Parteibegriffes gegeben hat. Die Anhänger des älteren Parteibegriffes erklärten ihn, um die Identität zwischen Anspruchs- und Prozesssubjekt zu wahren, als den gesetzlichen Vertreter der Partei.[1]) Mag man ihn nun als gesetzlichen Vertreter des Kridars[2]) oder sämtlicher Gläubiger[3]) ansehen, in beiden Fällen schuf man damit eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen, die hier anzunehmen kein Grund vorliegt. Die Konkursgläubiger sind zweifellos prozessfähige Rechtssubjekte. Auch der Gemeinschuldner bleibt prozessfähig, nur fehlt ihm die zur Prozessführung erforderliche Sachlegitimation, da ihm die Verfügung über sein Vermögen genommen ist. Wenn ich nun auch im Gegensatz zu Oetker und Stegemann[4]) auf dem Standpunkt stehe,[5]) dass trotz des § 51 ZPO., welcher nur von der gesetzlichen Vertretung nicht prozessfähiger Personen spricht, im Prozess eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen nicht ausgeschlossen ist, so liegt doch keine Veranlassung vor, hier in Rücksicht auf den Parteibegriff eine solche anzunehmen. Dem widerspricht vor allem das innere Wesen des Rechtsinstituts des Konkursverwalters. Dieser ist nicht Vertreter bestimmter Personen, er repräsentiert insbesondere weder die Konkursgläubiger, noch den Gemeinschuldner. Ihm ist vielmehr im öffentlichen Interesse das Amt der Verwaltung und Liquidation der Konkursmasse übertragen. In

[1]) Wach, deutsches Prozessrecht, Bd. I, S. 544ff.

[2]) So Petersen in Zeitschr. f. d. Zivilprozess, Bd. 9, S. 1ff.; Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, § 5, Nr. II.

[3]) So Seuffert, Komm., Vorbem. zu § 50 unter 2a; Kohler, ges. Beiträge zum Zivilprozess, S. 346.

[4]) Oetker a. a. O., S. 189; Stegemann, in Zeitschr. f. deutschen Zivilprozess, Bd. 17, S. 330.

[5]) Vergl. die Ausführungen, Bl. 43.

dieser Eigenschaft hat er die widerstreitenden Interessen beider Teile, der Gläubiger und des Kridars, in gleicher Weise wahrzunehmen, keinem zu Liebe und keinem zu Leide. Wer aber zur Wahrung einander widerstreitender Interessen berufen ist, ist kein Vertreter im technischen Sinne. Man könnte ihn vielleicht mit Petersen als „gesetzlichen Güterverwalter“[1]) bezeichnen.

In dieser Erwägung hat zuerst Fischer[2]) die Prozessstellung des Konkursverwalters nicht als die eines gesetzlichen Vertreters, sondern als die einer Partei und zwar einer Partei „kraft Amtes“ aufgefasst und damit mit dem bisher üblichen Parteibegriff gebrochen, ohne jedoch auf den neuen Parteibegriff allgemein einzugehen. Seiner Ansicht ist jetzt auch das Reichsgericht im Gegensatz zu früheren Entscheidungen gefolgt, indem es den Konkursverwalter als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ ansieht, welches kraft gesetzlichen Auftrages für die Durchführung der Zwecke des Konkurses Sorge zu tragen hat.[3]) Damit hat sich also auch das Reichsgericht — jedenfalls hinsichtlich des Konkursverwalters — zu Gunsten des neueren Parteibegriffes von dem bisher üblichen losgesagt, wenn auch in der Entscheidung selbst nicht zum Ausdruck gebracht ist, welcher Parteibegriff allgemein der ZPO. zu Grunde liegt.

Auf die Stellung des Konkursverwalters zurückgreifend hat dann Oetker gelegentlich einer Kritik des Seuffert'schen Kommentars eine allgemeine Parteidefinition in dem erwähnten neuen Sinne: „Parteien sind rem in iudicium deducens und is contra quam res in iudicium deducitur“ gegeben, die von

---

[1]) Komm. z. ZPO., Vorbem. zu § 50 unter II, 6.

[2]) Krech-Fischer, Komm. zum preussischen Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, S. 127, später in Zeitschr. f. deutschen Zivilprozess, Bd. 10, S. 436; Recht und Rechtsschutz, S. 45, Eccius bei Gruchot, Bd. 33, S. 736.

[3]) RGE., Bd. 29, S. 30, 36.

Stegemann eingehend erörtert ist.[1]) Danach hat jeder als Partei zu gelten, der einen Anspruch, sei es in eigenem, sei es in fremdem Namen, geltend macht. Besonders muss jedoch hervorgehoben werden, da dies aus dem Wortlaut der Definition nicht ohne weiteres zu entnehmen ist, dass in den Fällen der gesetzlichen Vertretung der Vertretene als Deducent anzusehen ist. Es ist also hier nicht der Vertreter Partei, sondern der Vertretene wird Partei und zwar wie Oetker sagt „durch das Medium des Vertreters". Uebereinstimmend mit Stegemann teilt Oetker die Personen, die befugt sind — abgesehen von dem Falle der gesetzlichen Vertretung — den Anspruch eines Dritten aus eigener Entschliessung geltend zu machen, in drei Kategorien. Danach kann die Befugnis beruhen

a) auf einem Rechte am Anspruch des Dritten (z. B. Recht der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemannes an einem zum Frauengut gehörenden Anspruch),
b) auf Amtsgewalt (z. B. Amt des Testamentsvollstreckers),
c) auf Rücksichten prozessualer Zweckmässigkeit (z. B. Fall des § 265 ZPO.).[2])

In der letzten Kategorie liesse sich auch die offene Handelsgesellschaft unterbringen. Denn es entspricht nicht nur Rücksichten prozessualer Zweckmässigkeit, sondern es ist geradezu aus den in dem vorhergehenden Hauptabschnitt angegebenen Gründen ein Akt zwingender Notwendigkeit, sie als selbständige Prozesspartei anzusehen.

---

[1]) Stegemann, in Zeitschrift f. d. Zivilprozess, Bd. 17, S. 326; vergl. auch Oetker, Konkursr. Grundbegriffe, S. 316; Bunsen in Zeitschr. f. d. Zivilprozess, Bd. 26, S. 253; Schmidt, Zivilprozessrecht, Bd. I zu § 50, insbesondere S. 313; Gaupp-Stein und Seuffert, Komm., Vorbem. zu § 50; A. A. Fuchs bei Gruchot, Bd. 38, S. 241ff., 548ff; Petersen, Zeitschr. f. d. Zivilprozess, Bd. 9 und Bd. 18, S. 1ff; Petersen-Anger, Komm., Vorbem. zu § 50 unter I; Wilmowski-Levy, Vorbem. zu § 50; Levy bei Rassow-Küntzel, Bd. 37, S. 173.

[2]) Oetker a. a. O., S. 189; Stegemann a. a. O., S. 358.

Auch dieser neue Parteibegriff hat die Kritik herausgefordert. Man kann auch nicht behaupten, dass er gerade geschickt gewählt ist. Abgesehen davon, „dass der Grundbegriff eines deutschen Gesetzes in lateinischer Sprache gegeben ist, während die Abhandlung selbst im übrigen deutsch geschrieben ist“,[1]) ist die Definition in ihrem Wortlaut so wenig präzisiert gehalten, dass aus ihr für den konkreten Fall noch nicht die Parteieigenschaft jemandes zu erkennen ist.[2]) Diesen Nachteil wiegt jedoch der Vorteil auf, dass sie ausnahmslos auf jeden Fall anwendbar ist.

Insbesondere führt man gegen die neue Parteidefinition ins Feld, dass unter Umständen gewisse mit der Parteistellung verknüpfte Folgen nicht eintreten, wenn man den Oetker'schen Parteibegriff zu Grunde legt. So setzt Petersen den Fall,[3]) dass jemand als Vertreter eines fremden Vermögens „kraft Amtsgewalt“ einen Prozess führt und in diesem unterliegt. Obwohl der Vertreter die Partei sei, führt er aus, träfen entgegen ausnahmslos geltenden prozessualen Vorschriften dann nicht ihn die Prozesskosten und träten gegen ihn nicht die Vollstreckungswirkungen des Urteils ein, sondern gegen den Vertretenen. — Dieser anscheinende Widerspruch ist damit zu erklären, dass die Bestimmungen der Zivilprozessordnung in erster Linie auf „Parteien mit selbstischem Interesse“ zugeschnitten sind. Tritt nun der Fall ein, dass das Anspruchs- und das Prozesssubjekt nicht zusammenfallen, so muss zwischen den prozessualen und den materiellrechtlichen Wirkungen des Prozessrechtsverhältnisses unterschieden werden. Letztere betreffen den in Streit befindlichen Anspruch materiellrechtlich und damit direkt das Subjekt des Klageanspruchs, während von den prozessualen Wirkungen lediglich der Träger der Parteirolle berührt wird.

---

[1]) Kleinfeller in Centralbl. f. Rechtsw., Bd 12, 2, S. 63.

[2]) Levy a. a. O., S. 175 oben.

[3]) Petersen, Komm., Vorbem. zu § 50 unter I, 2, vergl. auch in Zeitschr. f. d. Zivilprozess, Bd. 18, S. 17ff.

Da nun zu den materiellrechtlichen Wirkungen des Prozessverhältnisses die Verpflichtung zur Tragung der Prozesskosten und die Wirkungen der Rechtskraft des Urteils zu zählen sind, so ergibt sich demgemäss, dass davon nicht der Vertreter, sondern das Subjekt der res in iudicium deducta betroffen wird.[1]) Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass bei dieser Sachlage die Partei einen Anspruch zwar im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung geltend macht. Es ist also nicht mehr als recht und billig, dass die rechtlichen Folgen des Prozesses, wie Rechtskraft, Kosten und dergl., nicht die Partei persönlich, sondern die materiellrechtlich Berechtigten und Verpflichteten treffen.[2])

Petersen steht nun allerdings mit unverkennbarer Anlehnung an den älteren Parteibegriff auf dem Standpunkt, dass Parteieigenschaft nur demjenigen zukommt, „der im eigenen Namen und zur Wahrung seiner eigenen Interessen selbst oder durch Vermittlung anderer ihn vertretender Personen einen Prozess führt, aus dessen Vermögen aber auch der zur Durchführung des Prozesses erforderliche Aufwand zu bestreiten ist".[3]) Nach seiner Auffassung gibt es also nur Parteien, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr einen Rechtsstreit führen.

Auch dieser Parteibegriff, den sich ebenfalls Wilmowski-Levy[4]) zu eigen macht, ist offenbar zu eng. Er passt nur auf den Regelfall, dass das Subjekt des materiellen Rechtsverhältnisses über einen eigenen Anspruch prozessiert, schliesst aber den Fall aus, dass jemand zwar im eigenen Namen und in eigener Verantwortlichkeit, aber in fremdem Interesse klagend vorgeht. So kann der Ehemann nach § 1380 BGB. bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutz-

---

[1]) Vergl. Stegemann a. a. O., S. 360ff.

[2]) Vergl. Schott, das Armenrecht, S. 62.

[3]) Petersen a. a. O., Zeitschr. f. Zivilprozess, Bd. 18, S. 15; vergl. auch Komm., Vorbem. zu § 50.

[4]) Komm., Vorbem. vor § 50.

niessung ein zum eingebrachten Gute gehörendes, also der Frau zustehendes Recht, wie das Gesetz ausdrücklich betont, „im eigenen Namen“ geltend machen. „Ist er befugt, über das Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen, so wirkt das Urteil auch für und gegen die Frau.“ Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, dass der Ehemann wegen des ihm am Frauengute zustehenden Rechtes der Verwaltung und Nutzniessung an dem ergehenden Urteil interessiert ist, so wird doch durch die Rechtswirkungen des Urteils in erster Linie die Frau betroffen, da durch das Urteil das Bestehen oder Nichtbestehen eines der Frau eigentümlich zustehenden Rechtes festgestellt wird. Der Mann prozessiert also zwar im eigenen Namen, aber im fremden Interesse. — In § 435 HGB. kommt noch deutlicher zum Ausdruck, dass es für die Parteiqualifikation ohne Einfluss ist, in welchem Interessentenverhältnis der Träger der Parteirolle zum Gegenstande steht. § 435 gibt nämlich dem Empfänger des Frachtguts die Berechtigung, die durch den Pachtvertrag begründeten Rechte „im eigenen Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei im eigenen oder fremden Interesse handelt.“ Hierher gehören auch die Fälle des Versicherungsnehmers für fremde Rechnung (§ 886 HGB.), des Inkassogiratars nach Art. 17 WO., des Kommissionärs u.a.m., durch welche die Ungeeignetheit der oben erwähnten Parteidefinition zum Ausdruck kommt.

§ 3. Der richtige Parteibegriff und Schlussfolgerung.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen kann man dahin zusammenfassen: Nur im Normalfall ist das Subjekt des in Klage stehenden Privatrechtsverhältnisses auch Subjekt des Prozessrechtsverhältnisses; daneben kennt die Rechtsordnung eine Reihe von Fällen, in denen jemand nicht sein eigenes Rechtsverhältnis dem Gericht zur Prüfung und Entscheidung unterbreitet, sondern ein fremdes Recht zum Gegenstand des Streites erhebt. Die Befugnis des Klägers im letzten Fall ergibt sich aus den

rechtlichen Beziehungen, in denen er zum Streitgegenstande steht. Nach Oetker und Stegemann kann, wie bereits angeführt, diese Beziehung dreifacher Natur sein, indem sie beruht, entweder auf einem Rechte am Rechte des Dritten, auf Amtsgewalt oder auf Rücksichten prozessualer Zweckmässigkeit. Die Klagebefugnis erscheint mithin nicht als eine ausschliesslich dem in Klage stehenden Zivilrechtsverhältnis entspringende Eigenschaft, da sonst stets nur das Subjekt des strittigen materiellen Rechtsverhältnisses gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen könnte und demgemäss ausschliesslich Partei sein müsste, der Anspruch, in einem zivilen Rechtsverhältnis geschützt zu werden, ist vielmehr von anderen aus dem Zivilrecht wie dem Prozessrecht sich ergebenden Voraussetzungen abhängig gemacht, bei deren Vorliegen dem Interessenten ein Anspruch auf Rechtsschutz erwächst.[1]) Parteien im Zivilprozess werden daher diejenigen, denen die Rechtsordnung in Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis Rechtsschutz gewährt. In diesem Sinne bezeichnet Seuffert als Partei „denjenigen, von welchem, und denjenigen, welchem gegenüber der Rechtsschutz im Zivilprozesse verlangt wird".[2]) In gleichem Sinne hat sich auch Gaupp-Stein[3]) ausgesprochen. Wie Oetker stellt er die Personen, denen die Rechtsordnung einen selbständigen Rechtsschutzanspruch und damit die Befugnis gewährt, ein einen anderen materiellrechtlich treffendes Recht klageweise geltend zu machen, systematisch in drei Gruppen zusammen. Danach sind Parteien:

a) solche Personen, die ohne Subjekt des Rechtsverhältnisses zu sein, kraft eines eigenen Rechtes oder

---

[1]) Vergl. Schmidt, Zivilprozessrecht, S. 16ff.; Bunsen in Zeitschr. f. Zivilprozess, Bd. 26, S. 202ff.

[2]) Komm., Vorbem. vor § 50 unter 1.

[3]) Komm., Vorbem. vor § 50 unter 1, vergl. auch Schmidt, Zivilprozessrecht, S. 312, 313; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 131, Anm. 15; Bunsen in Zeitschr. f. Zivilprozess, Bd. 26, S. 203ff.

eigenen Interesses daran den Rechtsschutz beanspruchen, z. B. der Ehemann nach § 1380 BGB.,

b) Personen, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung als Parteien auftreten, z. B. der Versicherungsnehmer für fremde Rechnung nach § 886 HGB.,

c) endlich Personen, denen eine Parteistellung kraft Amtes zukommt, z. B. Testamentsvollstrecker.[1])

In dieser Gruppierung liesse sich auch die offene Handelsgesellschaft unterbringen und zwar würde sie, da die Urteilsfolgen materiell die Rechte und Pflichten der Gesellschafter treffen, als eine Partei anzusehen sein, die zwar im eigenen Namen, aber im fremden Interesse den Rechtsschutz begehrt. Verkennen dürfen wir allerdings nicht, dass in den bisher besprochenen Fällen nur von Rechtssubjekten die Rede war. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Schwerpunkt der vorstehenden Ausführungen lediglich darin bestand, den Nachweis zu führen, dass unter gewissen Voraussetzungen jemand Partei im Prozesse sein kann, der nicht das Subjekt der res in iudicium deducta ist. Insbesondere lag uns daran, zu beweisen, dass kein aus der Systematik der Rechtsordnung sich ergebender Zwang besteht, die Gesellschafter als Subjekte des materiellen Anspruchs auch zu Trägern der Parteirolle zu machen; und wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die von uns angenommene Parteistellung der offenen Handelsgesellschaft, obwohl sie zu dem konkreten Streitgegenstand keine materiellrechtliche Beziehung unterhält, nicht im Widerspruch mit dem Parteibegriff als solchem steht. Bei dieser Untersuchung blieben die rechtlichen Beziehungen zwischen Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit zunächst ausser Ansatz. Wenn deshalb in den bisherigen Beispielen nur von Rechtssubjekten als Parteien

[1]) Man beachte die Ähnlichkeit, beinahe Übereinstimmung zwischen der von Oetker und Gaupp-Stein geschaffenen Klassifizierung. Gaupp hat lediglich an Stelle der Oetker'schen Parteigruppe „aus prozessualen Zweckmässigkeitsrücksichten" die oben unter b) benannte Gruppe gesetzt.

die Rede war, so hängt dies damit zusammen, dass dies dem Regelfall entspricht, ohne dass deshalb die Parteistellung nicht rechtsfähiger Gebilde als ausgeschlossen zu betrachten wäre. Bei Gaupp-Stein insbesondere ergibt sich, dass der von ihm bei Umgrenzung des Parteibegriffs gewählte Ausdruck „Personen" nicht im streng technischen Sinne zu verstehen ist, schon aus der Tatsache, dass er in der Erläuterung des § 50 ZPO. ausdrücklich hervorhebt, die Parteifähigkeit habe zwar regelmässig, aber nicht unbedingt die Rechtsfähigkeit zur Voraussetzung und könne auch Nichtrechtssubjekten zukommen.[1]) Wir sind daher nicht gehindert, die gefundene Definition auch auf solche Fälle auszudehnen, an die zunächst nicht gedacht wurde. In diesem Falle bedarf es allerdings noch im einzelnen des Beweises, dass ein Nichtrechtssubjekt auch Partei sein kann.

b. Die Parteifähigkeit.

§ 1. Die Entstehung und Bedeutung des § 50 ZPO.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass ein Personenverein, der juristische Person ist, parteifähig ist, denn die Rechtsfähigkeit hat für den Prozess die Parteifähigkeit in Gefolgschaft. Anderseits hat die bisherige Praxis auf dem Genossenschaftsprinzip fussend Vereinen und sonstigen Mehrheiten von Personen, welche sich nach Art einer Korporation organisiert hatten, ohne jedoch Korporationsrechte zu besitzen, auf Grund ihrer inneren und äusseren von dem Bestande und Wechsel der Mitglieder unabhängigen Geschlossenheit eine selbständige Parteistellung zuerkannt. Dieser gewohnheitsrechtlichen Uebung hat nunmehr § 50 ZPO. eine allgemeine Schranke gesetzt durch die Bestimmung: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist". Diese Bestimmung gilt aber nicht

[1]) In dieser Erwägung hat Seuffert, der die gleiche Ansicht der Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Gebilde teilt, die von ihm gegebene oben erwähnte Parteidefinition unter Vermeidung des Wortes Person allgemeiner dahin gefasst: Partei ist „derjenige, welcher . . . ."

ausnahmslos, denn Abs. 2 fährt fort: „Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden, in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins."

Um diese Gesetzesvorschrift richtig interpretieren zu können, erscheint es angebracht, die Umstände in Betracht zu ziehen, die zu ihrer Entstehung Anlass gaben.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Praxis zur Zeit der alten ZPO. vor Einfügung des § 50 keinen Anstand nahm, Vereinigungen von Personen, welche bestimmte dauernde Zwecke verfolgten, und auch ihrer Organisation nach von dem jeweiligen Bestande der Mitglieder unabhängig waren, als Parteien im Prozesse zu behandeln. Obwohl nun z. B. für Preussen das ALR. den erlaubten Privatgesellschaften ohne Korporationscharakter nur nach innen die Rechte einer juristischen Person gewährte, so hatte doch die von dem Genossenschaftsprinzip beeinflusste Praxis der höchsten Gerichte den erwähnten Vereinigungen allmählich auch in ihren äusseren Beziehungen eine Rechtsstellung eingeräumt, die beinahe der einer juristischen Person gleichkam.[1]) Hierauf fussend ging das Bestreben der Anhänger der Genossenschaftstheorie dahin, bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Vereine das Prinzip der freien Körperschaftsbildung zum Durchbruch zu bringen. Dem widersetzten sich die verbündeten Regierungen mit aller Energie, und auch mit Recht, da man damit nur einen Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen hätte. Als dann die Regelung des Vereinsrechtes durch das Bürgerliche Gesetzbuch unter Ablehnung des Systems der freien Körperschaftsbildung beschlossen war, wurden weitere Anträge gestellt,[2]) welche unter Anerkennung des Gesellschaftsprinzips für die nicht rechtsfähigen Vereine eine Annäherung an das Personalitätsprinzip suchten und insbesondere die volle Partei-

[1]) Vergl. die in den Mat. I, S. 639/40, angeführten Entscheidungen des preussischen Obertribunals.

[2]) Mat. I., S. 637.

fähigkeit verlangten. Sämtliche Anträge wurden von der Regierung abgelehnt, um nicht auf diesem Umwege zu der freien Körperschaftsbildung zurückzukehren. Namentlich wurde darauf hingewiesen, dass die volle Parteifähigkeit den nicht rechtsfähigen Vereinen nicht gewährt werden könne, weil sie dann im tatsächlichen Effekt den rechtsfähigen Vereinen bis auf die Befugnis, im Grundbuch als berechtigt eingetragen zu werden, gleichgestellt und damit das ganze System des Entwurfs vereitelt würde. Um nun nicht den Entwurf eines einheitlichen Rechts zum Scheitern zu bringen, einigte man sich im Wege gegenseitigen Nachgebens schliesslich dahin, dass in der demnächst zur Beratung kommenden Zivilprozessnovelle, die jetzt in § 50 Abs. 2 enthaltene Bestimmung Aufnahme finden sollte, obwohl man sich jetzt, wie auch später bei Beratung der Prozessnovelle nicht über das dem nicht rechtsfähigen Verein in der halben Parteifähigkeit gewährte privilegium odiosum im unklaren war.[1])

Unter der Praxis des alten ZPO. hätte man sicher kein prinzipielles Bedenken getragen, eine Personenvereinigung, welcher die Rechtsordnung so weitgehende Befugnisse eingeräumt hat, wie der offenen Handelsgesellschaft, als selbständige Partei anzusehen. In diese Ansicht hat nunmehr § 50 ZPO. Bresche gelegt. Fortan sollen regelmässig nur solche Personenvereinigungen Partei sein, die rechtsfähig sind, denen also die die Rechtsordnung verkörpernde Staatsgegewalt in der Verleihung der Rechtsfähigkeit zugleich die Befugnis beigelegt hat, als Parteien im Prozesse fungieren zu können.

§ 2. Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit sind nicht identisch.

Trotz des damit gebotenen Abhängigkeitsverhältnisses der Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit sind doch beide ihrer rechtlichen Natur nach ganz verschiedene Begriffe: Die

[1]) Vergl. Meurer, die juristischen Personen, S. 187ff.

Rechtsfähigkeit ist ein ausschliesslich dem Zivilrecht, die Parteifähigkeit ein ausschliesslich dem Prozessrecht angehörender Begriff. Obwohl nicht zu verkennen ist, dass beide Begriffe einander sehr nahe kommen, so wäre es doch verfehlt, den dem Prozessrecht angehörenden Begriff der Parteifähigkeit auf Grund des in § 50, 1 enthaltenen Hinweises auf das materielle Recht nach Grundsätzen des Zivilrechts zu messen und ihn in dieser Auffassung als „ein sekundäres von dem Begriffe der Rechtsfähigkeit abgeleitetes und stets mit dieser zusammenfallendes Gebilde“[1]) anzusehen. Schon die bei Schaffung des § 50 ZPO. angestellten und oben im Auszug angeführten Erwägungen resultieren darin, dass die Parteifähigkeit eine Eigenschaft ist, die zwar im wesentlichen der Rechtsfähigkeit gleich kommt, aber sich doch nicht mit ihr deckt. Man darf also die Parteifähigkeit, obwohl sie jedem zukommt, der rechtsfähig ist, nicht mit der Rechtsfähigkeit identifizieren; die Parteifähigkeit ist vielmehr eine von der Rechtsfähigkeit verschiedene, selbständige, in das Gebiet des Prozessrechts fallende und nach diesem zu beurteilende Eigenschaft.[2]) Diesem Gedanken haben schon die Protokolle der zweiten Lesung Ausdruck gegeben durch den Hinweis, dass die Verleihung der Parteifähigkeit keineswegs eine wenn auch beschränkte Anerkennung der Rechtsfähigkeit enthalte. Die Parteifähigkeit erscheine nicht etwas als Rechtsfähigkeit auf prozessualem Gebiet, sondern sei eine von der Rechtsfähigkeit unabhängige Eigenschaft.[3]) Die Parteifähigkeit setzt daher nicht auch stets die Rechtsfähigkeit voraus, sondern kann als eine von dieser unabhängige

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch, S. 151; vergl. auch Petersen, Komm., Vorbem. 11 zu § 50; Seuffert, Komm., 7. Aufl., Vorbem. vor § 50. „Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit ist ein Unding.“ In der neuesten (11.) Aufl. bezeichnet jedoch Seuffert unter Änderung seiner früheren Ansicht Parteifähigkeit als „Ergänzung der Rechtsfähigkeit“.

[2]) Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsarchiv, Bd. 12, S. 180.

[3]) Materialien (Mugdan) Bd. I., S. 639.

Eigenschaft „auch Inhalt eines Privilegs oder eines besonderen gesetzlichen Zugeständnisses sein".[1]) Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass, wie jede Rechtsfähigkeit auf Anerkennung durch die Staatsgewalt bezw. auf Verleihung in einzelnen Staatsgesetzen beruht, die Rechtsordnung analog einer Personenvereinigung, welcher wegen fehlender Rechtsfähigkeit nach der allgemeinen Bestimmung des § 50 eine Parteifähigkeit nicht zukommt, spezialgesetzlich die Parteifähigkeit verleiht.

§ 3. Die Parteistellung der nicht rechtsfähigen Personenverbände.

Zu demselben Ergebnis führt folgende Erwägung.

Wie der Werdegang des § 50 ZPO. zeigt, war es die Absicht der gesetzgebenden Faktoren, aus prinzipiellen Gründen der in der bisherigen Gerichtspraxis sich einbürgernden Gewohnheit, jede organisierte Personenvereinigung als selbständige Prozesspartei anzusehen, entgegenzutreten. Aus zwingenden Gründen des praktischen Lebens hat man dann dem nicht rechtsfähigen Verein wenigstens die passive Parteifähigkeit zugebilligt, „weil diese zum Schutze von Dritten, die mit dem nicht rechtsfähigen Verein in Verkehr träten, nicht zu entbehren sei."[2]) Seuffert bemerkt hierzu mit Recht, dass im Verhältnis zum bisherigen Rechtszustande die Neuerung der Novelle nicht in der Verleihung der passiven, sondern Entziehung der aktiven Parteifähigkeit besteht.[3]) Die Wirksamkeit der Neubestimmung des § 50 Abs. I geht aber nicht so weit, dass hinfort jeder nicht rechtsfähigen Personenvereinigung die Klagemöglichkeit abgeschnitten ist. Dies ergibt § 17 (cf. auch 22, 171 u. a.) ZPO. Hier werden Vereine, Gesellschaften pp., „die als solche klagen und verklagt werden können", neben juristischen Personen auf-

[1]) Meurer, juristische Personen, S. 185.
[2]) Materialien I, S. 643.
[3]) Seuffert, Komm., S. 78.

gezählt und diesen gleichgestellt. Wenn nun auch dem vorgenannten § 17 ZPO. nur hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit eine Bedeutung zukommt, so ist doch wesentlich, dass in ihm die Zivilprozessordnung die Möglichkeit vorsieht, ohne selbst die hierfür erforderlichen Voraussetzungen zu bestimmen,[1]) dass auch jetzt noch nach der Novelle andere Reichsgesetze nicht gehindert sind, nicht rechtsfähigen Vereinen die Befugnis beizulegen „als solche zu klagen und verklagt zu werden". Was nun diese Befugnis bedeutet, sagt die Konsequenz aus § 50 Abs. II. In diesem wird der nicht rechtsfähige Verein in der Beklagtenrolle dem rechtsfähigen Verein gleichgestellt. Er soll also in sämtlichen prozessualischen Beziehungen wie eine juristische Person behandelt werden. Das gilt entsprechend von allen Personenvereinigungen, denen durch andere Reichsgesetze die gleiche Befugnis „als solche zu klagen und verklagt zu werden" eingeräumt ist. Die weittragende prinzipielle Bedeutung dieses Ergebnisses liegt auf der Hand. Es ist damit festgestellt, „dass die prozessualische Rechtssubjektivität, d. h. die Stellung als juristische Person im Prozesse aller Personenvereine, die als solche klagen und verklagt werden können, in keiner Weise bedingt ist, durch ihre bürgerliche Eigenschaft als einer solchen."[2]) Die Zivilprozessordnung überlässt es vielmehr dem materiellen Rechte, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Personenmehrheit klagen und verklagt werden kann. Das bürgerliche Recht ist mithin durch die Prozessordnung nicht gehindert, zu bestimmen, dass eine Personenvereinigung im Prozess als Partei auftreten kann, ohne den Rechtscharakter einer juristischen Person zu besitzen.[3]) „Der § 49a (50) spricht zunächst den

---

[1]) Vergl. Planck, Lehrbuch, S. 210.

[2]) Schultze in Zeitschr. f. Privat- und öffentliches Recht, Bd. 28, S. 525.

[3]) Vergl. Eccius in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 30, S. 461.

allgemeinen Grundsatz aus, dass parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Für den Menschen beginnt nach § 1 BGB. die Rechtsfähigkeit und folgeweise die Parteifähigkeit mit Vollendung der Geburt. Rechtsfähig sind weiter die juristischen Personen, die durch das Bürgerliche Gesetzbuch, durch sonstige Reichsgesetze oder Landesgesetze als solche anerkannt sind. Daneben ist bestimmten Arten von Personenvereinigungen vermöge besonderer Gesetzesvorschriften zwar nicht die Rechtsfähigkeit im allgemeinen, aber doch die Parteifähigkeit beigelegt worden."[1])

§ 4. Schlussfolgerung.

Es ist daher Gaupp-Stein beizupflichten, welcher unter Hinweis auf das Fehlen des Wortes „nur" in der allgemeinen Definition „parteifähig ist, wer rechtsfähig ist" seine Ansicht über die Parteifähigkeit dahin zusammenfasst, das Gesetz habe die Parteifähigkeit nur insoweit mit der Rechtsfähigkeit verknüpft, als jeder Rechtsfähige auch schlechthin parteifähig sei, es habe aber nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass mit jeder Parteifähigkeit auch stets die Rechtsfähigkeit verbunden sein müsse; Parteifähigkeit sei daher auch bei Nichtrechtssubjekten möglich.[2]) Als parteifähige Nichtrechtssubjekte können hier natürlich nur die nicht rechtsfähigen Personenmehrheiten in Betracht kommen. In diesem Sinne bezeichnet Seuffert[3]) treffend die Parteifähigkeit als „Ergänzung der Rechtsfähigkeit".

Im Prinzip steht also nichts entgegen, auch der offenen Handelsgesellschaft trotz Fehlens der Rechtssubjektivität Parteifähigkeit beizulegen.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen kann man daher dahin zusammenfassen:

---

[1]) Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen von Hahn-Mugdan, S. 84 (Begründung der Novelle zur ZPO. zu § 49a); vergl. auch Struckmann-Koch, Komm., Anm. zu § 50 bezw. § 17.

[2]) Vergl. auch Planck, Komm., S. 210.

[3]) Seuffert, Komm., Anm. zu § 50.

Obwohl die Gesellschafter die Subjekte der von der offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma eingegangenen Rechte und Verbindlichkeiten werden und es daher auch das Naheliegendste wäre, wenn die Rechtsordnung sie als Träger des strittigen zivilen Anspruchs auch zu Trägern des Prozessrechtsverhältnisses gemacht hätte, so zeigen doch die im ersten Teil der Abhandlung angeführten Gründe, dass nur „die Gesellschaft als solche“ die von den Gesellschaftern unabhängige Trägerin der Parteirolle sein kann. Im Anschluss hieran haben wir den Beweis geführt, dass es dem Wesen des von uns vertretenen Parteibegriffs nicht widerspricht, wenn die „Gesellschaft „als Trägerin der Parteirolle im fremden Interesse“ einen den Gesellschaftern materiellrechtlich zustehendes Recht gerichtlich geltend macht. Das noch übrigbleibende Bedenken, ob auch die offene Handelsgesellschaft als nicht rechtsfähige Personenmehrheit Partei sein kann, ist dann durch die anschliessenden Ausführungen widerlegt worden.

Wenn also das Gesetz in § 124 HGB. der offenen Handelsgesellschaft das Recht einräumt, unter ihrer Firma zu klagen und verklagt zu werden, so hat diese Bestimmung eine der im § 50 Abs. 2 ZPO. hinsichtlich des nicht rechtsfähigen Vereins gegebenen Vorschrift analoge Bedeutung: Die offene Handelsgesellschaft als solche wird zu einer unter ihrer Firma bezeichneten selbständigen Prozesspartei. Nur von diesem Rechtsstandpunkte aus sind die vorhergehend kritisierten Entscheidungen zu rechtfertigen, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft als Nebenintervenient beitreten, dass ein Gesellschafter gegen die Gesellschaft Klage erheben kann, dass der der Gesellschaft zugeschobene Eid nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern als Vertretern der prozessunfähigen Gesellschaft zu leisten ist und dass die Liquidatoren der in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft als gesetzliche Vertreter der prozessunfähigen Gesellschaft anzusehen sind. Wie wollte man es sonst rechtfertigen, dass ein Urteil, welches für und gegen die Gesellschaft wirksam sein soll, gegen die Gesellschaft ergangen

sein muss und dass ein selbst gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil der Gesellschaft gegenüber keine Wirksamkeit hat, wie aus der ausdrücklichen Vorschrift des § 124 Abs. II in Verbindung mit § 129 Abs IV HGB. zu entnehmen ist.

Meurer nennt die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft mit formeller Parteifähigkeit.[1]) Im Ergebnis decken sich seine Ausführungen mit der hier vertretenen Ansicht. Er will nämlich mit der Bezeichnung „formelle Parteifähigkeit" zum Ausdruck bringen, „dass die offene Handelsgesellschaft für den Prozess nach aussen wie eine juristische Person funktioniert, also auch parteifähig ist, während nach innen das Gesellschaftsprinzip entscheidet". Desgleichen hat nach Schmidt[2]) die offene Handelsgesellschaft „obwohl privatrechtlich nicht juristische Person, doch prozessrechtlich als solche zu gelten; sie ist demnach Partei und die Socii sind ihre gesetzlichen Vertreter". Ferner sprechen sich ohne nähere Begründung die Kommentare von Struckmann-Koch[3]) und Wilmowski-Levy für eine selbständige Parteistellung der offenen Handelsgesellschaft aus, ohne ihr den Charakter einer Rechtsperson beizulegen.

VI. Die Klageänderung.

§ 1. Definition der Klageänderung.

Klagt ein Gläubiger gegen eine offene Handelsgesellschaft aus einer Gesellschaftsschuld, so steht entsprechend den Ausführungen des vorhergehenden Titels in der Beklagtenrolle die Gesellschaft unter ihrer Firma als selbständige Prozesspartei vertreten durch den firmierenden Gesell-

[1]) Meurer, die juristischen Personen, S. 119.

[2]) Schmidt, Lehrbuch der Zivilprozessrechte, S. 328

[3]) Anm. 2 zu § 50 bezw. 1 zu § 17, ebenso ohne nähere Begründung Sommer bei Rassow-Küntzel, Bd. 30, S. 360; Förster, Zivilprozess, Bd. I, S. 70 71; Loewenwald, Zivilprozess, S. 50; im Prinzip auch Eccius bei Rassow-Küntzel, Bd. 30, S. 461, sowie die bereits angeführten Schultze, Schultzenstein a. a. O.

schafter als ihren gesetzlichen Vertreter. Tritt nun der Fall ein, dass der Kläger auf Fortsetzung der Klage gegen die Gesellschaft verzichtet und zugleich mit einem Gesellschafter vereinbart, dass dieser an Stelle der ausscheidenden Gesellschaft in den Prozess eintritt und den schwebenden Rechtsstreit auf seine Kosten und in seinem Interesse in dem Stadium übernimmt und fortsetzt, in dem er sich zur Zeit gerade befindet, so hat diese Klageänderung inhaltlich die Einführung einer neuen Partei an Stelle der bisherigen zum Gegenstande. Der Klagegrund ist in beiden Fällen derselbe, die Gesellschaftsschuld, für die die Gesellschaft und jeder einzelne Gesellschafter in gleicher Weise primär verhaftet sind. Auch der Klageantrag richtet sich in beiden Fällen im Prinzip auf das gleiche Ziel, die beklagte Partei durch Urteil zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, z. B. Zahlung einer im Geschäftsverkehr schuldig gewordenen Geldsumme, anzuhalten.

Gemäss § 264 ZPO gilt allgemein, dass nach Eintritt der Rechtshängigkeit eine Aenderung der Klage nur zuzulassen ist, wenn der Beklagte einwilligt oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Nach den Bestimmungen der alten ZPO. war eine Klageänderung stets von dem Willen der beklagten Partei abhängig, erst die Novelle hat durch die Bestimmung des § 264 dem Gericht die Befugnis eingeräumt, auch gegen den Willen des Beklagten die Klageänderung zuzulassen, wenn durch die Klageänderung seine Rechtsposition nicht verschlechtert wird, weil die frühere Gesetzesvorschrift, nach welcher eine Klageänderung stets Einwilligung des Beklagten zur notwendigen Voraussetzung hatte, nach den in der Praxis gemachten Erfahrungen von dem Beklagten häufig dazu benutzt wurde, um den Prozess zu verschleppen oder in chikanöser Weise die Rechtsverfolgung zu erschweren.

Das Gesetz erwähnt weiter in § 268 drei Fälle, welche als eine Klageänderung nicht anzusehen sind, nämlich, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder

rechtlichen Ausführungen ergänzt oder berichtigt werden, ferner wenn der Klageantrag in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird und schliesslich, wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Aus dieser negativen Fassung kann man unmittelbar einen Rückschluss auf den Begriff der Klageänderung ziehen. Danach liegt eine Klageänderung stets vor bei Aenderung des Klagegrundes, d. h. wenn der Kläger das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis mit einem anderen vertauscht oder wenn die Klagetatsachen, die den Klagegrund bilden, in wesentlichen Punkten derart verändert werden, dass die rechtliche Natur des Tatbestandes eine andere wird, und ferner bei Aenderung des Klageantrages, d. h. wenn der Klageantrag auf einem anderen als den ursprünglich geforderten Gegenstand gerichtet wird mit den in § 268 Ziff. 2, 3 bezeichneten Ausnahmen.

§ 2. Einführung einer neuen Partei.

Wird in den Prozess eine neue Partei an Stelle der bisherigen eingeführt, so kann man dies in weiterem Sinne zwar auch als eine Aenderung der ursprünglich erhobenen Klage bezeichnen, es lässt sich aber nicht verkennen, dass hier ein ganz besonderer Fall der Klageänderung vorliegt. Während im Falle der Klageänderung im Sinne von § 268 schlechthin es sich nur darum handelt, dass die ursprünglich erhobene Klage in sachlicher Hinsicht in bestimmter Richtung geändert wird, sei es, dass das Klagepetitum auf einen anderen Gegenstand gerichtet wird, sei es, dass die Klage auf einen anderen als den erstbehaupteten materiellen Rechtsgrund gestützt wird, handelt es sich bei Einführung eines neuen Beklagten um die Aenderung des Prozessrechtsverhältnisses in subjektiver Hinsicht. Es tritt ein Wechsel ein in den Trägern der Parteirolle, und zwar auf der Beklagtenseite. Dieser Vorgang bedarf der Erwägung nach zwei Seiten. Auf

Seiten des Klägers liegt dem geschilderten prozessualen Vorgang inhaltlich der Gedanke zu Grunde, die Klage gegen den ersten Beklagten fallen zu lassen und diesen aus seiner bisherigen Beklagtenposition zu entlassen. Der Beklagte ist damit einverstanden, und im Einverständnis mit dem Kläger cediert er gewissermassen die prozessuale Rechtsstellung, die ihm durch den Kläger aufgedrängt ist und die er bisher inne gehabt hat, an einen anderen, der jetzt an seiner Statt in den Rechtsstreit eintritt und damit sämtliche Rechte und Pflichten des ersten Beklagten übernimmt.

Die Einführung eines neuen Beklagten statt des bisherigen ist von dessen Standpunkt aus betrachtet inhaltlich gleichbedeutend mit der Rücknahme der gegen ihn erhobenen Klage. Zu einer solchen Klageänderung ist also in erster Linie Einwilligung des ersten Beklagten erforderlich. Denn wenn der Kläger die Klage zurücknimmt, so liegt hierin nicht ein Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch selbst, sondern nur die Erklärung, auf weitere Entscheidung des Rechtsstreits verzichten zu wollen. Der Verzicht ist rein prozessualer Natur und berührt in keiner Weise den materiellen Anspruch. Der Rechtsstreit gilt lediglich als nicht anhängig geworden, und der Kläger kann jeder Zeit von neuem Klage erheben. Um sich dem nicht aussetzen zu müssen, steht dem Beklagten das Recht zu, der Rücknahme der Klage zu widersprechen und Entscheidung durch Endurteil zu verlangen (§ 271 ZPO.). Da die Klage gegen den Willen des Beklagten nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache nicht mehr zurückgenommen werden kann, kann sie mithin auch nicht nach dem Belieben des Klägers auf eine andere in demselben Prozess neu eingeführte Prozesspartei an Stelle des früheren Beklagten ausgedehnt werden, weil hierdurch der erste Beklagte aus dem Prozess ausgeschaltet würde, welcher durch seine Einlassung ein prozessuales Recht auf Entscheidung über den in Klage geltend gemachten Anspruch gewonnen hat.

Um die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage in eine Klage gegen einen Gesellschafter umwandeln zu können, ist also zunächst erforderlich, dass die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft ihre Zustimmung zur Klagezurücknahme geben. Wird von dieser Seite kein Widerspruch erhoben, bedarf es weiter der Einwilligung des Gesellschafters, der als Beklagter an die Stelle der beklagtischen Gesellschaftspartei treten soll, insofern, als bei jeder Klageerhebung bestimmte gesetzliche Formalitäten zu erfüllen sind — vorliegenden Falles Zustellung einer den Gesetzesvorschriften entsprechenden Klageschrift —, welche, wenn sie nicht beobachtet sind, dem Beklagten das Recht geben, die Einlassung zu verweigern, bezw. eine Rechtshängigkeit überhaupt nicht zustande kommen zu lassen. An sich besteht für den in Anspruch genommenen Gesellschafter also nicht die geringste rechtliche Veranlassung, in den schwebenden Rechtsstreit unter Ausscheidung der beklagtischen Gesellschaft deren Parteirolle zu übernehmen. Will der Gesellschaftsgläubiger gegen einen Gesellschafter klagend vorgehen, so braucht sich derselbe nur dann darauf einzulassen, wenn der Gläubiger unter Beobachtung des gesetzlichen Formalismus durch Zustellung einer Klageschrift den Rechtsstreit anhängig macht.

Man denke nun an den anfangs erwähnten Fall, dass der gegen die Gesellschaft A und B klagende Kläger im Termin mit dem die Gesellschaft persönlich vertretenen Gesellschafter A vereinbart, dass dieser in Person die Parteirolle der Gesellschaft übernimmt und dass die Gesellschaft aus dem Prozess ausscheidet. Es soll also mit Einwilligung aller Beteiligten die Klage gegen die Gesellschaft in eine Klage gegen einen Gesellschafter während der mündlichen Verhandlung zur Sache umgewandelt werden.

Wie schon erwähnt, bleibt der Klagegrund derselbe. Die Gesellschaft wie jeder einzelne Gesellschafter haften exeadem causa auf Grund derselben einen Tatsache, dass die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingegangen ist, die zu

erfüllen die Gesellschaft wie jeder einzelne Gesellschafter verpflichtet ist. Der Klageantrag richtet sich in beiden Fällen auf das gleiche Ziel, die Gesellschaft bezw. den Gesellschafter zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch Urteil anzuhalten. Eine Aenderung ist aber eingetreten in den Prozesspersonen, das Subjekt in der Beklagtenrolle wird ein anderes. Und dieser Wechsel beruht lediglich auf dem Willen der Parteien, er ist vor sich gegangen ohne Zutun des Gerichts, abgesehen von der eventuell in seiner Zulassung liegenden, stillschweigenden richterlichen Genehmigung. Es fragt sich, ob eine Vereinbarung der Parteien in vorstehender Weise geeignet und genügend ist, die Rechtshängigkeit zu begründen, und ob das Gericht dem Willen der Parteien in dieser Hinsicht Rechnung tragen muss.

Eine Klagesache wird rechtshängig durch Erhebung der Klage, und zwar geschieht im landgerichtlichen Verfahren die Erhebung der Klage stets durch Zustellung einer Klageschrift, welche den gesetzlichen Formvorschriften des § 253 ZPO. entsprechend zu gestalten ist, an den Beklagten. Fehlt eines der für wesentlich erachteten Erfordernisse, so bleibt die Rechtswirkung einer Klageerhebung aus, der zugestellte Schriftsatz gilt nicht als Klageschrift und eine Rechtshängigkeit wird nicht begründet. Jedoch kann der Mangel der Klageschrift, wenn der Beklagte trotzdem im Termin erscheint, dadurch geheilt werden, dass der Kläger durch seinen mündlichen Vortrag das Fehlende ergänzt und der Beklagte auf die verbesserte und ergänzte Klage sich einlässt. Der Beklagte braucht es nicht zu tun, er kann vielmehr Zurückweisung der Klage in der angebrachten Art verlangen. Wenn er sich aber auf die verbesserte Klage einlässt, kann er später den Mangel nicht mehr rügen. Voraussetzung dieses möglichen Falles ist, dass es sich um die Verletzung von Vorschriften handelt, auf deren Befolgung die Partei wirksam verzichten kann. Welche Vorschriften hierzu gehören, sagt das Gesetz nicht, überlässt also die Entscheidung der Wissenschaft. Aus den Motiven zum Entwurf S. 215 geht nur

hervor, dass hierzu alle die Ladungen und Zustellungen betreffenden Vorschriften gehören. Nach der in der Literatur allgemein vertretenen Ansicht ist es für die Beantwortung der Frage von Bedeutung zu entscheiden, ob eine Vorschrift im öffentlichen Interesse gegeben ist oder ob sie nur dem Vorteil einer Partei zu dienen bestimmt ist. In letzterem Falle soll es der Partei, in deren Interesse die Vorschrift erlassen ist, frei gestellt sein, auf ihre Befolgung wirksam verzichten zu können.

Es ist jedoch ein Unterschied, ob die Rechtshängigkeit deswegen nicht zustande kommt, weil der Kläger bei Abfassung der Klageschrift bestimmte vom Gesetz als wesentlich vorgeschriebene Formalitäten, nicht beachtet hat, deren Fehlen dem Schriftsatz den Charakter der Klageschrift nimmt, oder ob eine Klageschrift überhaupt nicht vorhanden ist. Während im ersteren Falle der Mangel der Klageschrift durch Einlassung des Beklagten zur Sache geheilt und damit unabhängig von dem Willen des Gerichts der Rechtsstreit anhängig gemacht wird, kann in letzterem Falle durch Vereinbarung der Parteien und rügeloses Einlassen des Beklagten die Rechtshängigkeit nicht begründet werden. Die Vorschrift des § 253 ZPO., dass im landgerichtlichen Verfahren die Klageerhebung stets durch Zustellung einer Klageschrift an den Beklagten erfolgt, ist aus Gründen des öffentlichen Interesses zwingende Natur und ihre Befolgung oder Nichtbefolgung der Willkür der Parteien entzogen. Denn die Klageschrift verfolgt nicht nur den Zweck, den Gegner auf die erhobene Klage vorzubereiten, sie dient auch dazu, dem Gericht die Sach- und Rechtslage bekannt zu geben, um die mündliche Verhandlung in zweckentsprechender Weise vorbereiten zu können. Hätte das Gericht nicht vorher schon Gelegenheit, aus den zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätzen Einblick in die Rechtslage zu bekommen, so müsste es namentlich in schwieriger liegenden Fällen notgedrungen vertagen und der Geschäftsgang erlitte eine Verzögerung. Eine mündliche Erhebung der Klage in der Verhand-

lung genügt mithin nicht und ist unzulässig, und durch rügeloses Einlassen des Beklagten auf den mündlichen Klagevortrag des Klägers kann eine Rechtshängigkeit nicht begründet werden. Ueber das Fehlen einer Klageschrift darf seitens des Gerichts nicht hinweggesehen werden, dieses hat vielmehr von Amts wegen zu prüfen, ob die Klage in der gesetzlichen Form erhoben ist und, wenn dies nicht der Fall ist, sie ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien als unzulässig zu verwerfen.

Stellt man sich daher auf den Standpunkt, dass die Einführung einer neuen Partei an Stelle der bisherigen in einem schwebenden Prozess zulässig ist, so darf man obigen Ausführungen gemäss die Rechtslage nicht dahin auffassen, dass der Kläger den Prozess gegen den ersten Beklagten unerledigt fallen lässt und einen neuen Prozess gegen den zweiten Beklagten anfängt, nachdem er mit ihm ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart hat, von der Zustellung einer Klageschrift absehen zu wollen und den Rechtsstreit ohne formelle Klageerhebung rechtshängig werden zu lassen, da ein solches Verfahren unzulässig wäre, sondern die Rechtslage ist nur von dem Gesichtspunkte der Klageänderung zu verstehen und zu rechtfertigen. Der Kläger ändert die ursprünglich erhobene Klage in bestimmter Richtung, indem er — die Einwilligung aller Beteiligten vorausgesetzt — einen Wechsel in den Trägern der Parteirolle auf der Beklagtenseite eintreten lässt, ohne dass das Streitobjekt davon sachlich berührt wird. Denn auch die Angabe der Parteien ist ein Teil der Klage. Wenn also das Subjekt der eingeklagten Berechtigung und Verpflichtung geändert wird, so dass an Stelle des ursprünglichen Klägers oder Beklagten eine neue Person in den Prozess eintreten soll, so liegt eine Klageänderung vor und das Gericht darf einer solchen Klageänderung, unter der Voraussetzung, dass alle beteiligten Prozesspersonen damit einverstanden sind, als auf dem Willen der Parteien beruhend und daher zulässig im Prinzip die

Anerkennung nicht versagen.[1]) Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Juni 1904, ein, in welcher es heisst:[2]) „Durch die Zustellung der Klage, d. h. eines mit den Merkmalen des § 253 ZPO. ausgestatteten Schriftstücks wird das prozessrechtliche Verhältnis der in der Klageschrift bezeichneten Parteien begründet; diese Zustellung leitet den Prozess ein und bestimmt die Parteieigenschaft. Die in der Klageschrift als Kläger bezeichnete Person erhält die Prozessstellung des Klägers dadurch, dass sie der als Gegner bezeichneten Person die Klage zustellt und diese letztere Person erhält die prozessrechtliche Stellung als Beklagter dadurch, dass ihr die Klageschrift zugestellt wird. Die Zivilprozessordnung trifft besondere Bestimmungen, unter welchen Voraussetzungen sich dritte Personen an dem anhängigen Rechtsstreit beteiligen können (§ 64 ff.), und es scheint hiernach, dass von solcher Beteiligung abgesehen durch Zustellung der Klage ein für alle mal die Parteirolle bestimmt, der Kreis der Personen, zwischen welchen der Rechtsstreit zu verhandeln ist, geschlossen ist. Die Zivilprozessordnung lässt indessen in § 262 Abs. 2 zu, dass eine Person, an die die im Streit befangene Sache nach Zustellung der Klage veräussert oder der darin geltend gemachte Anspruch abgetreten wurde, mit Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei anstatt des Rechtsvorgängers übernehmen dürfe. Hier ist der Eintritt eines neuen Klägers ohne Zustellung einer neuen Klage als möglich gedacht, sofern der Beklagte zustimmt. Als der allgemeine prozessrechtliche Gesichtspunkt, unter welchem der Eintritt einer neuen Partei mit der Zustimmung des Gegners betrachtet werden kann, stellt sich der der Klageänderung dar (§ 268/70). Die Vorschrift des § 253 umschreibt die Erfordernisse der Klage. Jede Aenderung in den hier aufgeführten wesentlichen Bestandteilen der Klage im Laufe des Rechtsstreits charakterisiert sich als eine Klage-

[1]) Vergl. Stein, Komm., § 268 I, A. 1.
[2]) RGE., Bd. 58, S. 250ff. und die dort zitierte Literatur.

änderung, sofern sie sich nicht in den durch § 268 gezogenen Grenzen bewegt und ist als solche unzulässig. Aber sie wird zulässig, wenn der Gegner einwilligt und diese Einwilligung ist nach § 269 ZPO. auch ohne ausdrückliche Erklärung anzunehmen, wenn der Beklagte sich, ohne der Aenderung zu widersprechen, in der mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. . . . . Die Angabe der Parteien und mit ihr die Parteifunktion selbst erscheint bei dieser Auffassung als ein Bestandteil der Klage, der, wie jeder andere, unter der Bestimmung der §§ 268/70 ZPO. steht".[1])

In Uebereinstimmung mit diesen reichsgerichtlichen Ausführungen, die sich mit der hier vertretenen Ansicht decken, erscheint es mithin zulässig, während des Prozesses bei Einwilligung aller beteiligten Prozesspersonen eine Aenderung in den Trägern der Parteirolle eintreten zu lassen. Unter Anwendung auf den vorliegenden Fall steht also formell im Prinzip nichts entgegen, die gegen die offene Handelsgesellschaft gerichtete Klage in eine Klage gegen einen Gesellschafter zu verwandeln. Es handelt sich um eine Klageänderung, welche zur Voraussetzung hat, dass die beteiligten Prozesspersonen mit ihr einverstanden sind. Der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft hat zum Austritt der Gesellschaft aus dem Prozess seine Zustimmung zu geben und der neu eintretende Gesellschafter muss damit einverstanden sein, dass die Parteirolle der Gesellschaft auf ihn übergeht. Unter diesen Voraussetzungen kann das Gericht der Uebernahme der Parteirolle der Gesellschaft durch einen Gesellschafter als einer auf dem Willen der Parteien beruhenden Klageänderung seine Anerkennung nicht versagen.

---

[1]) So auch Hellmann, Zivilprozess, S. 419—420; Gaupp-Stein, S. 596; Petersen, S. 531; Schmidt, Klageänderung, S. 531; A. A. Fitting, in Zeitschr. f. Zivilprozess, Bd. 9, S. 33; Schwalbach, im Arch. f. ziv. Praxis, S. 276, Anm. 9; Kleinfeller, Jur. Monatsschr. 1893, S. 139.